

UiO : **Det juridiske fakultet**

Entreprenørens rett til å forsere etter NS 8405 pkt. 24.8

Kandidatnummer: 534

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 17 008



Innholdsfortegnelse

1	EMNET FOR OPPGAVEN.....	1
1.1	Kort om emnet	1
1.2	Avgrensninger	3
1.3	Rettskildebildet ved tolkning av NS 8405 pkt. 24.8.....	4
1.3.1	Innledning	4
1.3.2	NS 8405 – tolkning av standardkontrakter.....	4
1.3.3	Rettspraksis	5
1.3.4	Juridisk teori.....	6
1.3.5	Alminnelig kontraktsrett	7
1.3.6	Andre tilvirkningskontrakter	7
1.4	Den videre fremstillingen	7
2	DEFENSIV FORSERING – PLIKT ELLER RETT?	8
2.1	Innledning.....	8
2.2	Overblikk over pkt. 24.8.....	8
2.2.1	Kort presentasjon	8
2.2.2	Hensynene bak regelen i pkt. 24.8	11
2.3	Sammenhengen mellom pkt. 24.8 og kap IV i NS 8405	12
2.4	Kan entreprenøren ha en plikt til å forsere etter pkt. 24.8?	15
3	FORHOLDET MELLOM DEFENSIV FORSERING OG IRREGULÆR ENDRINGSORDRE.....	18
3.1	Innledning	18
3.2	Utgangspunktene	19
3.3	Irregulært forseringspålegg.....	21
3.4	«Urent avslag» fra byggherren	22

4	AVSLAG SOM GRUNNVILKÅR ETTER PKT. 24.8	25
4.1	Innledning	25
4.2	Nærmere om kravet til avslag	25
5	FORHOLDSMESSIGHETSVURDERINGEN	27
5.1	Innledning	27
5.2	Plikten til forsvarlig vurdering av forseringskostnadene	28
5.3	Entreprenørens rett på vederlag som følge av forsering	33
5.3.1	Entreprenørens rett på vederlag ved forsvarlig anslag	34
5.3.2	Entreprenørens rett på vederlag ved ikke forsvarlig anslag	37
5.4	Entreprenørens mulighet til å forsere etter pkt. 24.8 hvor forseringskostnadene antas å overstige beløpsbegrensningen	39
6	ENTREPRENØRENS VARSLINGSPLIKT	43
6.1	Innledning	43
6.2	Varslingsplikdens innhold	43
6.3	Konsekvensen av unnlatt varsling	48
7	ENTREPRENØRENS ANSVAR KNYTTET TIL FORSERINGSTILTAKENE	50
7.1	Innledning	50
7.2	Er defensiv forsering en resultat- eller omsorgsforpliktelse?	51
7.3	Valg av forseringstiltak	54
7.3.1	Entreprenørens rett til å velge forseringstiltak	54
7.3.2	Entreprenørens ansvar for valg av forseringstiltak	55
8	OPPSUMMERING	59
9	KILDER	61
9.1	Litteraturliste	61
9.2	Liste over standarder og lov	62

9.2.1	Standarder	62
9.2.2	Lover	63
9.3	Domsregister.....	63

1 Emnet for oppgaven

1.1 Kort om emnet

Temaet for oppgaven er entreprenørvalgt forsering etter pkt. 24.8 i NS 8405:2008. Forsering innebærer at det blir satt inn mer ressurser for at arbeidet skal utføres raskere, og dermed følge den avtalte progresjonen i fremdriftsplanen.¹ Dette er aktuelt hvor entreprenøren av ulike årsaker har havnet på etterskudd i forhold til planlagt fremdrift. Byggherren vil ofte være uenig med entreprenøren om forholdet som skaper forsinkelsen oppfyller vilkårene for fristforlengelse.² Pkt. 24.8 gir entreprenøren mulighet til å sette inn mer ressurser for byggherrens regning slik at arbeidene blir ferdig i tide, så fremt han faktisk har et berettiget krav på fristforlengelse. I den videre fremstillingen vil jeg søke å belyse entreprenørens adgang til å forsere arbeidene etter pkt. 24.8.

Forsering kan deles inn i tre former: Forsering pålagt av byggherren³, entreprenørvalgt forsering⁴ og forsering etter avtale. Det er altså entreprenørvalgt forsering som er tema for denne fremstillingen. Entreprenørvalgt forsering etter pkt. 24.8 må skilles fra de tilfeller der forhold entreprenøren selv har forsinkelsesrisikoen for, er årsaken til at arbeidene ikke kan fullføres som planlagt. I en slik situasjon må entreprenøren for egen regning forsere hvis han skal unngå å bli møtt med misligholdssanksjoner.

Det er vanlig at det underveis i byggeprosjekter blir gjort endringer eller oppstår hindringer i arbeidet. Dette kan enten være utslag av forandringer byggherren ønsker, problemer i forhold til organisering, utførelsen av arbeidet eller uforutsette hendelser som inntreffer. Konsekvensen slike endringer eller hindringer har på fremdriften, er stadig en kilde til uenighet mellom entreprenøren og byggherren. Uenigheten refererer seg hovedsakelig til tre spørs-

¹ Se blant annet Marthinussen (2010) s. 315

² Jfr. NS 8405 pkt. 24.1 og 24.3

³ Jfr. NS 8405 pkt. 22.2

⁴ Jfr. NS 8405 pkt. 24.8

mål. Det første er hvilke faktiske forhold som skaper forsinkelsen. Det andre er hvem av partene som har (forsinkelses)risikoen for forholdet, som har forstyrret fremdriften. Det tredje spørsmålet er om, og i tilfelle hvor stor, påvirkning hendelsen har hatt på fremdriftsplanen. Dette kan resultere i uenighet om hvorvidt entreprenøren har et berettiget krav på fristforlengelse, som igjen er en forutsetning for at pkt. 24.8 kan påberopes. Innrømmer byggherren likevel kravet om fristforlengelse, faller grunnlaget for entreprenørens defensive forseringsrett bort.⁵

Forsering ivaretar sentrale behov for både byggherren og entreprenøren. For byggherren er forsering et sentralt rettslig virkemiddel særlig på prosjekter det er viktig å få fullført til planlagt tid, eller hvor byggherren er ekstra avhengig av kontroll over fremdriften. Bygget skal for eksempel stå klart til åpning av et viktig arrangement, eller det kan være store prosjekter som krever at byggherren må kunne pålegge entreprenøren ekstra innsats av hensyn til samordning av aktørene i prosjektet.⁶

Hva angår entreprenøren, vil et valg om å fastholde kravet på fristforlengelse først og fremst medføre risiko for dagmulkt. Unnlater entreprenøren å foreta seg noe, risikerer han i verste fall å bli ansvarlig for forsettlig kontraktsbrudd, dersom det senere viser seg at han ikke hadde rett på fristforlengelse. Pkt. 24.8 gir entreprenøren mulighet til å unngå denne vanskelige situasjonen. Dette er grunnen til at uttrykket «defensiv forsering» blir brukt som en betegnelse på entreprenørens forseringsrett i pkt. 24.8. Ved å forsere arbeidene risikerer entreprenøren i verste fall å måtte betale for forseringsutgiftene, noe han var pliktig til uansett, da det ikke forelå et rettmessig grunnlag for fristforlengelse. På denne måten, som Simonsen (1999) i «*Rt. 1999 side 878 Broene over Nitelva*» på side 1 uttrykker det, konverteres «*en tvist om framdrift til en tvist om kompensasjon*». Ved å levere arbeidene til avtalt

⁵ Jfr. Petterson (2012) pkt. 4.2

⁶ Marthinussen (2010) s. 313-315

tid, ivaretar entreprenøren også sitt faglige renommé.⁷ At arbeidene blir fullført i tide, vil sjelden være i strid med byggherrens interesser.⁸

1.2 Avgrensninger

Det finnes to reguleringer av forsering i NS 8405. Pkt. 24.8 gir entreprenøren på visse vilkår rett til å velge forsering, uavhengig av byggherrens samtykke. Pkt. 22.2 gjelder byggherrevalgt forsering, som innebærer at byggherren pålegger entreprenøren endring gjennom forsering. På grunn av begrensningen på oppgavens størrelse, vil jeg kun redegjøre for pkt. 24.8. Behandlingen av pkt. 22.2 begrenses som følge av dette til det som er relevant for å belyse pkt. 24.8.

Et av vilkårene for entreprenørvalgt forsering, er at det foreligger et berettiget krav om fristforlengelse. Vilårene for fristforlengelse vil ikke bli behandlet i denne fremstillingen. Spørsmålet om fristforlengelse ligger nært opp mot temaet for fremstillingen, men begrensningen på oppgaven tillater ikke en fullstendig drøftelse av spørsmålet. For den videre drøftelsen legges det til grunn at entreprenøren har fått et uberettiget avslag på sitt krav om fristforlengelse.

Som nevnt er utgangspunktet for drøftelsen NS 8405: 2008. I den grad sammenligninger med andre tilvirkningskontrakter er fruktbart, vil dette bli gjort når det er egnet til belyse oppgavens tema. Det samme gjelder for utenlandsk lovgivning, og da særlig annen nordisk entrepriserett. Forbrukerlovgivning, og da fortrinnsvis Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova) av 13.6 1997 nr. 43, vil ikke bli drøftet.

Utmålingen av forseringsvederlaget faller også utenfor fremstillingen.

⁷ Jfr. Simonsen (1999) s. 1

⁸ Marthinussen (2010) s. 262, Kolrud (2004) s. 316, Barbo (1977) s. 74

1.3 Rettskildebildet ved tolkning av NS 8405 pkt. 24.8

1.3.1 Innledning

Rettskildebildet ved tolkning av standardkontrakter skiller seg noe fra det tradisjonelle rettskildebildet man står overfor på mange andre rettsområder. Det er av den grunn nødvendig for den videre fremstilling å si noe om de relevante rettskildene.

Entrepriseretten har en begrenset flora av autoritative rettskilder sammenlignet med mange andre formuerettslige fag.⁹ Med unntak av bustadoppføringslova, som gjelder i forbrukerforhold, finnes det ikke lovgivning på området.

1.3.2 NS 8405 – tolkning av standardkontrakter

En av grunnene til at entrepriseretten i det vesentlige er ulovfestet, er bruken av standardkontrakter.¹⁰ NS 8405 er utviklet av en komité som er satt sammen av representanter fra byggherre- og entreprenørsiden¹¹, den regulerer utførelsesentrepriser.¹² Første utgaven av NS 8405 ble vedtatt i 2004, men ble senere revidert og kom i ny utgave i 2008. Tidligere standardkontrakter som er relevante for denne avhandlingen er forgjengerne NS 3430 (1994) og NS 3401 (1969).

Reglene i NS 8405 er både å regne som kontraktsfesting av alminnelig entrepriserettslige regler og avtaleskapte ordninger. Siden reglene ikke er ren kodifikasjon av alminnelig entrepriserett, forutsettes det i utgangspunktet at partene må inkorporere¹³ NS 8405 for at den skal gjelde dem i mellom. Etablert praksis mellom partene kan imidlertid også være tilstrekkelig for at standarden må anses å gjelde.¹⁴ Det gjelder dessuten full avtalefrihet, og

⁹ Jfr. Hagstrøm (1997) s.14 og Andenæs (1997) s.140

¹⁰ Se. Hagstrøm (1997) s. 13

¹¹ Se NS 8405 «Forord»

¹² I motsetning til NS 8407, som brukes ved totalentrepriser.

¹³ Jfr. Rt. 1991 s.773, hvor retten anså en henvisning som tilstrekkelig.

¹⁴ Se Hagstrøm (1997) s. 14

partene står fritt til å tilpasse avtalen etter egne ønsker. Forordet til NS 8405 oppfordrer likevel til at kontrakten anvendes uten endringer såfremt det er mulig.¹⁵ Hvor det oppstår motstrid mellom særskilt utviklede bestemmelser og standardiserte bestemmelser, går førstnevnte foran.¹⁶

Hva gjelder selve tolkningen av standardkontrakter er utgangspunktet, i likhet med alminnelig avtaletolkning, partenes felles forståelse. Ved tolkningen av standardkontrakter, som NS 8405, finnes det ingen felles forståelse. I stedet er utgangspunkt det objektive tolkningsprinsippet,¹⁷ som innebærer at kontrakten skal tolkes i samsvar med den alminnelige forståelse av ordlyden.¹⁸ Ordlyden blir dermed særlig sentral.¹⁹ Videre må ordlyden ses i sammenheng med bestemmelsens formål og reelle hensyn.²⁰

Tolkning av standardkontrakter vil gjennomgående ha store likhetstrekk med vanlig lovtolkning. En stor forskjell er derimot mangelen på forarbeider.

1.3.3 Rettspraksis

Det finnes begrenset med rettspraksis, og da særlig Høyesterettspraksis, på entrepriserettens område. Høyesterettspraksis knyttet til entreprenørvalgt forsering begrenser seg til en dom, Rt. 1999 side 878.

Den manglende rettspraksisen²¹ har sammenheng med at det tradisjonelt har vært vanlig med voldgiftsklausuler²². Voldgiftsdommer²³ blir sjeldent publisert. I nyere tid har derimot

¹⁵ Endringer kan forrykke den tiltenkte risikofordelingen mellom partene.

¹⁶ Jfr. NS 8405 pkt. 3.2 (3)

¹⁷ Jfr. Woxholth (2006) s. 402

¹⁸ Se Rt.2010 side 1345 i premiss 59

¹⁹ Jfr. Woxholth (2006) s. 436

²⁰ Jfr. Rt. 2010 s. 961 premiss 44, angående tolkning av NS 3431 (totalentreprise)

²¹ Oppfatningen om at det finnes lite ordinær rettspraksis i entrepriserett skal ikke overdrives. I større saker, hvor NS 8405 ofte er aktuell, er staten ofte en av partene. Da brukes det ikke voldgift.

bruk av voldgift blitt mindre vanlig.²⁴ Det finnes etter hvert en god del underrettspraksis,²⁵ også om forseringsbestemmelsene i NS 8405. Derimot behandler svært få av dommene de mer prinsipielle sidene ved forseringsbestemmelsene. De fleste dommene foretar en konkret vurdering av hvorvidt vilkårene for fristforlengelse foreligger, og deretter en skjønnsmessig og tilsvarende konkret utmåling av forseringskostnadene. Overføringsverdiene til mange av dommene i er derfor i mange tilfeller begrenset.

Underrettspraksis har en begrenset rettskildemessig vekt, men i den grad deres argumentasjon er overbevisende vil de ha en ikke ubetydelig innvirkning der det ellers er lite Høyesterettspraksis.

1.3.4 Juridisk teori

I utgangspunktet har ikke juridisk teori en stor egenvekt som rettskilde, men er først og fremst av betydning gjennom sin argumentasjonsverdi.²⁶ Resultatet av mangelen på tyngre rettskilder har likevel gjort at juridisk teori har hatt, og fremdeles har, en mer sentral rolle i entrepriseretten enn på mange andre rettsfelt.²⁷ Kommentartutgavene til standardkontraktene spiller en viktig rolle. Hva gjelder NS 8405 finnes det to kommentartutgaver: Marthinussen, Giverholt og Arvesen (2010) «*Kommentar til NS 8405*» og Kolrud mfl. (2004) «*NS 8405 Kommentartutgave*». Kommentartutgavene til ²⁸ NS 3430 og 3401, henholdsvis Kolrud mfl. (1992) «*Kommentarer til NS 3430*» og Sandvik (1977) «*Kommentar til NS 3401*», er også fortsatt av interesse. Mer generelle fremstillinger av entrepriseretten er noe begrenset.

²² I NS 3401 var avtalt at alle tvister skulle avgjøres med voldgift, det ble noe «myket opp» i NS 3430, jfr. Marthinussen (2010) s. 51 og 52.

²³ Jfr. Lov om voldgift (voldgiftsloven) av 14.mai 2004 nr. 25

²⁴ Se for eksempel NS 8405 pkt. 43.3 og 43.4

²⁵ Jfr. Andenæs (1997) s. 44

²⁶ Jfr. Andenæs (1997) s. 130

²⁷ Hagstrøm (1997) s. 15 og Andenæs (1997) s. 130

²⁸ Kolrud (1992) og Sandvik (1977)

To sentrale verker er like fullt Sandvik (1966) «*Entreprenørrisikoen*» og Barbo (1997) «*Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*».

1.3.5 Alminnelig kontraktsrett

Entrepriseretten er en del av den spesielle kontraktsretten. Ved tolkning av regler i NS 8405 vil reglene i alminnelig kontraktsrett kunne være av betydning, særlig som supplement hvor det ellers er få holdepunkter.

1.3.6 Andre tilvirkningskontrakter

Tilvirkningskontraktene er en felles betegnelse på kontrakter typisk brukt ved for eksempel entrepriserett, skipsbygging og offshore fabrikasjon. Denne kontraktstypen tilhører den spesielle kontraktsretten. Endringssystemet, som gir byggherren/selskapet mulighet til å endre det opprinnelig fastsatte arbeidet, ligger i stor utstrekning til grunn som en felles plattform ved alle typer av tilvirkningskontrakter.²⁹ Av den grunn kan man trekke på løsningene fra de andre tilvirkningskontraktene ved tolkning og utfylling av bestemmelsene i NS 8405, herunder pkt. 24.8.³⁰

1.4 Den videre fremstillingen

Innledningsvis i kapittel 2 vil det bli gitt en kort oversikt over pkt. 24.8, og dens rolle som en del av kap. IV i NS 8405.

Hoveddelen av fremstillingen begynner i kapittel 3, hvor det er fokus på forholdet mellom irregulær endringsordre og entreprenørens defensive forseringsrett. Videre i kapittel 4-6 blir vilkårene for forsering etter pkt. 24.8 gjennomgått. I kapittel 7, som siste kapittel i fremstillingens hoveddel, vil det bli drøftet hvilket ansvar entreprenøren har i forbindelse med valg av forseringstiltak.

²⁹ Kfr. Tørum (2010) s. 453 flg. i artikkelen «*Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entreprise – illustrert med endrings- og varslingsreglene og arbeidsplikten*»

³⁰ Sml. Kassen (2006) s. 50

Avslutningsvis vil det i kapittel 8 bli foretatt en kort oppsummering.

2 Defensiv forsering – plikt eller rett?

2.1 Innledning

Regelen om entreprenørvalgt forsering i NS 8405 pkt. 24.8 er plassert i standardens kapittel IV. Kapittelet inneholder regler knyttet til endringer, forsinkelse og svikt mv. ved byggherrens medvirkning.³¹ I det følgende er målet å gi en oversikt over pkt. 24.8, belyse sammenheng til resten av reglene i kap. IV, og avslutningsvis se på om entreprenøren i visse tilfeller kan ha en plikt til å forsere.

I kapittel 2.2 blir det gitt en kort presentasjon av pkt. 24.8, og hensynene bestemmelsen hviler på. Videre i kapittel 2.3 blir det foretatt en gjennomgang av kapittel IV i NS 8405, for å plassere forseringsbestemmelsene som en del av det sammensatte systemet kapittelet utgjør. Avslutningsvis i kapittel 2.4 blir det drøftet om entreprenøren kan ha en plikt til å forsere etter pkt. 24.8.

2.2 Overblikk over pkt. 24.8

2.2.1 Kort presentasjon

Ordlyden i pkt. 24.8 er formulert som følger:

«Hvis byggherren helt eller delvis avslår et berettiget krav på fristforlengelse, kan entreprenøren velge å anse avslaget som et pålegg om forsering gitt ved endringsordre. Entreprenøren har ikke en slik valgrett dersom vederlaget for forseringen må antas å ville overstige den dagmulkten som ville ha påløpt hvis byggherrens avslag var berettiget og forsering ikke ble iverksatt, tillagt 30 %.

³¹ Jfr. NS 8405 Kap IV

Før forsering etter første ledd iverksettes, skal byggherren varsles med angivelse av hva forseringen antas å ville koste.»

Dagens ordlyd i NS 8405: 2008 pkt. 24.8 er uforandret fra ordlyden i NS 8405: 2004 pkt. 25.5. Tidligere NS 3401 (1969) hadde ingen regulering av entreprenørens defensive forseringsrett, men regelen var antatt å følge allerede den gang av alminnelige entrepriserett, på bakgrunn av rettspraksis og juridisk teori. Bestemmelsen ble først inntatt i NS 3430 (1994) pkt. 17.6, som lyder:

"Avslår byggherren et berettiget krav på fristforlengelse i henhold til 17.1 eller 17.2, har entreprenøren rett til å forsere arbeidet for byggherrens regning med mindre forseringsutgiftene vil bli uforholdsmessig store.

Forseringsutgifter utover beløp tilsvarende påløpt dagmulkt over samme tidsrom som forseringen, anses for uforholdsmessig store.

Før enhver forsering påbegynnes, skal byggherren varsles skriftlig med angivelse av hva forseringen antas å koste.»

Ordlyden er litt forskjellig sammenlignet med dagens bestemmelse i pkt. 24.8. Forskjellen referer seg derimot hovedsakelig til utformingen i pkt. 24.8 første ledd annet punktum, hvor dagens bestemmelse er mer detaljert utformet enn tidligere. Hensikten med forandringen var å gjøre bestemmelsen lettere anvendelig³², og tross forandringene, er formålet med bestemmelsen i utgangspunktet prinsipielt sett uforandret. Rettspraksis og litteratur, som refererer seg til eldre standarder, er derfor fortsatt i stor grad relevant ved tolkning av dagens bestemmelse.

Pkt. 24.8 gir entreprenøren mulighet til å velge å forsere arbeidene eller å fortsette i planlagte tempo ved å fastholde sitt krav på fristforlengelse. Velger entreprenøren å forsere, skjer dette på byggherrens regning. En viktig presisering er at entreprenøren fremdeles har

³² Marthinussen (2010) s. 362

sitt krav på fristforlengelse (og dekning av merutgifter)³³ i behold uanfektet av at byggherren avslår kravet om fristforlengelse.³⁴

Pkt. 24.8 oppstiller videre tre vilkår for at entreprenøren skal kunne velge forsering. For det første må byggherren avslå et berettiget krav fra entreprenøren på fristforlengelse. Det følger av bestemmelsen at entreprenøren kan velge å se dette som *et «pålegg om forsering gitt ved endringsordre»*, jfr. pkt. 24.8 første ledd første punktum. Dette sikter til forsering i pkt. 22.2. Entreprenøren kan altså velge å se avslaget på fristforlengelse som endringsordre etter pkt. 22.2, selv om byggherren ikke har utstedt en slik ordre.

En annen ting som kan nevnes i denne sammenheng er situasjonen der byggherren godtar 15 dagers fristforlengelse, men entreprenøren krevde 30 dager. Her foreligger det kun en delvis tvist, jfr. pkt. 24.8 første ledd første punktum som sier *«helt eller delvis avslå»*. I et slikt tilfelle vil entreprenøren kunne velge å se svaret fra byggherren som et pålegg om forsering for den ikke innrømmede delen.³⁵

For det andre er valgmuligheten i første ledd avhengig av hvor store forseringskostnadene vil *«antas»* å bli. Grensen er satt til *«samlet dagmulkt tillagt 30 %»* for den perioden forsinkelsen eventuelt ville vart og *«forsering ikke ble iverksatt»*. Dette er imidlertid ikke uttrykk for hvilket vederlag entreprenøren faktisk kan kreve, det må fastsettes på bakgrunn av de reelle påløpte kostnader.³⁶

Det tredje og siste vilkåret som oppstilles i pkt. 24.8 finner vi i annet ledd, som pålegger entreprenøren en varslingsplikt med *«angivelse av hva forseringen antas å ville koste»*.

³³ Jfr. Kolrud (1992) s. 155

³⁴ Kfr. Kolrud (2004) s. 316

³⁵ Jfr. Marthinussen (2010) s. 361-362

³⁶ Kfr. Kolrud (2004) s. 317

Et gjennomgående problem som kort skal nevnes avslutningsvis er at forsering byr på praktiske utfordringer for entreprenøren, så vel som juridiske.³⁷ Dette gjelder særlig dokumentasjonen av hvilke utgifter som referer seg spesifikt til selve forseringen. Ofte vil ikke forseringsvederlaget basere seg på enkle enhetspriser og lignende, men i stedet kompliserte utgiftsposter som vanskelige lar seg «dele opp». Entreprenørene må ofte legge frem betydelig dokumentasjon for å bevise for retten eller byggherren at de aktuelle utgiftene referer seg til selve forseringsarbeidet. Det gjenspeiles også i mye av rettspraksisen, der det gjennomgående er et vesentlig fokus på utmåling av forseringsvederlaget.

2.2.2 Hensynene bak regelen i pkt. 24.8

Hovedhensynet bak pkt. 24.8 er å gi entreprenøren mulighet til å forsere arbeidene uten pålegg fra byggherren slik at han kan unngå å måtte risikere dagmulkt, dersom det senere viser seg at han tok feil angående retten på fristforlengelse. Grunnen til at forsinkelsen har oppstått vil ofte være uklar underveis i arbeidet, slik entreprenøren i mange tilfeller ikke kan være sikker på at han har rett.

Hensynet til å unngå risiko for dagmulkt er et utslag av et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp, som sier at partene selv må bære ansvaret for sin egen forståelse av kontrakten. Senere kan det vise seg at forsinkelsen skyldes forhold entreprenøren har risikoen for. Er dette tilfellet, følger det av entreprenørens alminnelige plikt til å oppfylle sine kontraktsforpliktelser at han på egen regning og risiko skulle ha «overvunnet» problemene, herunder forsert.³⁸ Hadde ikke pkt. 24.8 gitt entreprenøren anledning til å forsere ved uberettiget avslag fra byggherren på krav om fristforlengelse, ville entreprenøren risikert å måtte betale dagmulkt. I ytterste konsekvens kunne entreprenøren risikert å bli kjent ansvarlig for forsett-

³⁷ Se Hagstrøm (1997) s. 64

³⁸ Et poeng er derimot at entreprenøren uansett ofte vil se seg tjent med forsering. Entreprenørens omdømme vil også styrkes ved at prosjekter blir ferdig i tide.

lig³⁹ mislighold av avtalen, siden hver av partene har risikoen for sin egen forståelse av kontrakten.⁴⁰ Konsekvensen av å bli kjent skyldig i forsettlig kontraktsbrudd kan bli skjebnesvanger for entreprenøren, da kontraktens ansvarsbegrensninger ikke lenger gjelder.⁴¹

Bestemmelsen er ikke ensidig utformet til entreprenørens fordel, også hensynet til byggherren er ivaretatt gjennom pkt. 24.8. For det er nærmest en presumsjon ved forsering at det oppstår store utgifter, og det er av den grunn inntatt en beløpsbegrensning i første ledd annet punktum⁴². Byggherrens interesser er søkt ivaretatt ved at entreprenøren ikke kan forserer hvor han antar utgiftene overstiger beløpsbegrensningen. Et tilleggspoeng er også at byggherren i mange situasjoner vil være interessert i at ferdigstillelsen skjer til planlagt tid. Forseringen vil derfor i mange tilfeller være en god løsning for begge parter.

I petroleumsretten er løsningen en litt annen. Her har ikke leverandøren en valgt, som entreprenøren har i pkt. 24.8. I Barbo (1997) s. 74 referer han til Kaasen som uttaler at løsningen i NF 92 (nå NF 05) avviker «fundamentalt» fra pkt. 17.6 i NS 3430 (pkt. 24.8 i NS 8405). Videre sier Kaasen at entrepriseløsningen «ville være i konflikt med en av grunntankene i NF 92, nemlig at selskapet til enhver tid skal ha herredømme over prioriteringen mellom tid og penger».

2.3 Sammenhengen mellom pkt. 24.8 og kap IV i NS 8405

Kap. IV regulerer byggherrens adgang til å pålegge endringer, forsinkelse og svikt ved byggherrens forhold mv, herunder hvilken innvirkning dette har på oppgjøret og de avtalte tidsfrister.⁴³

³⁹Se Petterson (2012) i pkt. 7.3, som mener ikke dette ikke kan bli resultatet utenom i de klart klanderverdige tilfellene.

⁴⁰ Forsettsvilkåret tolkes generelt strengt i kontraktsforhold mellom profesjonelle parter. Bevisste handlinger på bakgrunn av feil kontraktsforståelse kan bli ansett som forsettlig kontraktsbrudd.

⁴¹ Jfr. pkt. 34.3 fjerde ledd, gjelder ansvarsbegrensning ved dagmulksansvar.

⁴² Viser til omtalen i kap. 2.2.2 ovenfor

⁴³ Jf. Marthinussen (2010) s. 297

Reglene i kap. IV hører naturlig sammen, og er del av et helhetlig system. Endringer byggherren vedtar eller andre problemer som oppstår i forbindelse med arbeidene, vil skape behov for regler om fristforlengelse og/eller justering av vederlagsberegningen.

Pkt. 24, som pkt. 24.8 er en del av, regulerer partenes adgang til å kreve fristforlengelse. Avslag på krav om fristforlengelse er som kjent nødvendig for at pkt. 24.8 kommer til anvendelse. Entreprenørens krav om fristforlengelse kan oppstå som følge av endringer byggherren gjør⁴⁴, hindringer (herunder forsinkelse og svikt) som følge av forhold byggherren har risikoen for⁴⁵, eller force majeure⁴⁶.

Byggherrens endringsadgang er en viktig del av kap. IV, og det skal derfor kort knyttes noen ekstra bemerkninger til endringsreglene. Sammenlignet med den alminnelige kontraktsretten, skiller endringsreglene seg ved at byggherren er gitt en ensidig rett til å pålegge entreprenøren å utføre endringer, i forhold til det som er opprinnelig avtalt i kontrakten. Dette strider mot utgangspunktet fra alminnelig kontraktsrett, hvor realdebitors forpliktelse er endelig fastlagt ved kontraktsinngåelsen.⁴⁷

Myndigheten byggherren er gitt til å pålegge endringer er et utslag av at det på tidspunktet for kontraktsinngåelsen ofte foreligger store usikkerhetsmomenter knyttet til prosjektet. Dette må ses i sammenheng med at arbeidene ofte er omfattende, og følgelig av betydelig varighet. Arbeidene blir ofte igangsatt før den endelige prosjekteringen foreligger, som følge av press for at prosjektet skal bli ferdig til en bestemt dato. Store bygg- og anleggsprosjekter har ofte en tidsramme på flere år før arbeidet skal være helt ferdig. Det vil av den grunn være nærmest umulig på større prosjekter å ta høyde for alle situasjoner som kan oppstå i løpet av arbeidsprosessen. Muligheten til å kunne foreta mindre justeringer⁴⁸ og korreksjoner for å finne løsninger på ting som oppstår mens prosjektet skrider frem, er derfor helt nødvendig.⁴⁹

⁴⁴ Jfr. NS 8405 pkt. 24.1 a)

⁴⁵ Jfr. NS 8405 pkt. 24.1 b)

⁴⁶ Jfr. NS 8405 pkt. 24.1 c)

⁴⁷ Jfr. Hagstrøm (2003) s. 129

⁴⁸ Jfr. NS 8405 pkt. 22.1 tredje ledd, endringen må ikke utgjøre mer enn 15 % netto tillegg til kontraktssummen.

Byggherrens endringsadgang, hans (nødvendige) medvirkning for øvrig og force majeure forhold, skaper alle et behov for regler som kompenserer entreprenøren for rettighetene byggherren er gitt og risikoen han ellers står overfor ved gjennomføringen. Reglene, og da spesielt endringsreglene⁵⁰, er derfor utformet på en måte som skal søke å ivareta balansen i kontraktsforholdet hvor den er blitt forrykket.⁵¹ Retten til fristforlengelse og vederlagsjustering bidrar til at det skapes balanse mellom partene. Pkt. 24.8 er også på mange måter, om enn noe indirekte, et utslag av ønske om å bevare balansen i kontraktsforholdet. Entreprenøren har som nevnt kravet på fristforlengelse fremdeles i behold uanfektet av byggherrens (urettmessige) avslag, slik sett er balansen opprettholdt. Den usikre faktiske situasjonen gjør derimot at entreprenøren i realiteten blir påført risikoen for dagmulkt dersom han tar feil. Regelen i pkt. 24.8 gir her entreprenøren muligheten til å forsere uten pålegg fra byggherren, og på den måten unngå risikoen for dagmulkt.

Interrimløsninger brukes hvor partene kan velge mellom to løsninger, og de forfekter hver sin løsning.⁵² Pkt. 24.8 er å anse som en interrimløsning, som skal hindre at entreprenøren blir stilt overfor et vanskelig valg.⁵³ En annen interrimløsning i kap. IV er den såkalte «hoppeplikten» i pkt. 26. Den pålegger entreprenøren å fortsette arbeidene tross uenighet om endringer, fristforlengelse eller vederlagsberegning slik at fremdriften blir opprettholdt. En forskjell mellom de to løsningene er at pkt. 24.8 ikke nekter entreprenøren å fastholde sitt opprinnelige krav.

Videre skal det bemerkes at entreprenørens varslingsplikt i pkt. 24.8 annet ledd, for det første er et resultat av at NS 8405 opererer med et strengt og formaliserte varslingsystem.⁵⁴ Dette formalistiske varslingsystemet står særlig sentralt i kap. IV.⁵⁵ Bakgrunnen for

⁴⁹ Kolrud (2004) s. 219

⁵⁰ Se Kolrud (2004) s. 220 angående balansen mellom entreprenørens plikt til å utføre arbeidet, som byggherren er avhengig av, sammenholdt med entreprenøren rett til å få betalt, som han er avhengig av.

⁵¹ Kaasen (1997) s.607-608

⁵² Se Simonsen (1999) s. 1

⁵³ Jfr. Simonsen (1999) s. 2

⁵⁴ Marthinussen (2010) s. 48

systemet er at NS 8505 er utarbeidet av de store aktørene i bygge- og anleggsbransjen.⁵⁶ Deres prosjekter er ofte omfattende og samordning mellom aktørene er derfor svært viktig. For det andre vil man ved å pålegge entreprenøren en varslingsplikt, gi byggherren mulighet til å reagere.

Endringsreglene er formulert etter inspirasjon fra fabrikkasjonskontraktene, og entreprisekontraktene har nærmet seg stadig mer i nyere tid. Likhetsstrekkene i forhold til fabrikkasjonskontraktene er store, det er en leverandør (tilsvarende entreprenøren) som skal produsere et produkt som et selskap har bestilt. Løsningene vil på flere områder være sammenlignbare. I petroleumsindustrien er det derimot et enda større fokus på å få arbeidet ferdig innen fristene, og dette har resultert i meget strenge formaliserte systemer med endringsordre og preklusive frister.⁵⁷ Her knyttes alle spørsmål opp mot om det foreligger rett til endringsordre.⁵⁸ I entreprisereetten er ikke varslingsreglene knyttet opp mot endringsordren på samme måte, her brukes det forskjellige varslingsbestemmelser til de enkelte påberopte virkningene i stedet.⁵⁹ Av denne grunn er det færre prosessuelle regler i entreprisekontraktene.

Hindringer, som kan manifestere seg ved gjennomføringen av entreprisekontrakter, er heller ikke helt sammenfallende med fabrikkasjonskontraktene. Entreprenøren vil i en viss utstrekning møte en større usikkerhet ved gjennomføringen av sin ytelse enn hva leverandøren ofte må forholde seg til. Dette kan ses som utslag av at entreprisekontrakter har et enda sterkere grad av improvisasjonspreg, som følge av at arbeidene ikke foregår i faste fabrikkasjonslokaler.⁶⁰

2.4 Kan entreprenøren ha en plikt til å forsere etter pkt. 24.8?

Det følger av ordlyden i pkt. 24.8 første ledd at entreprenøren kan anse et avslag på berettiget krav om fristforlengelse som et pålegg om forsering, istedenfor å velge fristforlengelse. Det har på tross av dette vært drøftet om entreprenøren likevel kan ha en forseringsplikt, hvor byggherrens tap knyttet til forsinkelsen vil overstige forseringsutgiftene entreprenøren

⁵⁵ Kfr. Kaasen (2009) s. 49

⁵⁶ Se Marthinussen (2010) s. 48

⁵⁷ Se Kaasen (1997) s. 608, Marthinussen (2010) s. 298

⁵⁸ Se Kaasen (2009) s. 53

⁵⁹ Jf. Kaasen (2009) s. 53

⁶⁰ Se Sandvik (1966) s. 85-87

vil pådra seg.⁶¹ Problemstillingen i det følgende er å undersøke nærmere om entreprenøren har en plikt til å forsere i slike tilfeller.

Utgangspunktet er at entreprenøren såfremt vilkårene i pkt. 24.8 er oppfylt, står fritt i forhold til om han vil velge å forsere. Ordlyden gir ingen støtte for at det foreligger en begrensning på dette utgangspunktet.

Partene er derimot pålagt en generell tapsbegrensningsplikt, som er et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp. Prinsippet kan ses som et utslag av partenes alminnelige lojalitetsplikt, kontraktsfestet i NS 8405 pkt. 5.⁶² Det finnes ingen generell bestemmelse⁶³ i NS 8405, men prinsippet gjelder likefullt.⁶⁴ Prinsippet innebærer at partene har en plikt til ikke å pådra den andre parten unødvendige utgifter. Forholdet mellom tapsbegrensningsplikten og valgmuligheten pkt. 24.8 oppstiller, kan komme på spissen hvis forseringsutgiftene antas å bli vesentlig lavere enn utgiftene forbundet med å innrømme entreprenøren fristforlengelse. I slike tilfeller taler entreprenørens tapsbegrensningsplikt for at entreprenørens frihet til å velge fristforlengelse, i stedet for forsering etter pkt. 24.8, må tolkes innskrenkende.⁶⁵

Dansk entrepriserett har i AB 92 § 24, stk. 2 en bestemmelse, som sier at entreprenøren «skal dog søge forsinkelsen undgået eller begrænset ved sådanne dispositioner, som med rimelighed kan kræves». Dette er sammenfallende med den alminnelige tapsbegrensningsplikten i norsk kontraktsrett. I teorien⁶⁶ virker det derimot ikke som det kan gi byggherren en rett til å bestemme at entreprenøren skal forsere i stedet for å bruke lengre tid der dette er det rimeligste alternativet.

⁶¹ Se blant annet Marthinussen (2010) s. 361

⁶² Kolrud (1992) s. 156

⁶³ Pkt. 24.5 annet ledd og 25.6 et utslag av den generelle tapsbegrensningsplikten.

⁶⁴ Jfr. Marthinussen (2010) s. 356-357

⁶⁵ Kolrud (1992) s.156

⁶⁶ Jf. Vagner (2005) *Entrepriseret* s. 115-119

På en annen side er derimot byggherren gjennom pkt. 22.2, i motsetning til etter rettstilstanden før NS 8405, gitt en mulighet til å pålegge forseringstiltak hvor entreprenøren ellers ville hatt krav på fristforlengelse. Byggherren kan også, hvor han er usikker på fristforlengelsesspørsmålet, gi en betinget endringsordre.⁶⁷ Når byggherren på tross av sine muligheter feilaktig nekter entreprenøren en rettighet etter kontrakten, taler dette for at byggherren må ta konsekvensene av sine (feilaktige) oppfatninger om de faktiske forhold. Sammenhengen mellom bestemmelsene tilsier derfor at en slik begrensning på entreprenørens valgrett ikke eksisterer.⁶⁸

Spørsmålet har vært tatt opp blant annet av Kolrud (1992) s.156 i tilknytning til pkt. 17.6. Kolrud tar til ordet for at entreprenørens generelle lojalitetsplikt, samt entreprenørens plikt til å begrense skadevirkningene av en fristforlengelse, taler for at en slik forseringsplikt kan oppstilles. Plikten til å begrense skadevirkningene følger av den generelle tapsbegrensningsplikten. Ordlyden i pkt. 17.6 bruker derimot ikke formuleringen «*velge*», som i dagens pkt. 24.8, hvilket er en avgjørende forskjell.

Sandvik (1966) s. 307 og 347 i drøfter også dette spørsmålet. Han skriver:

«hvor det må fremstille seg som åpenbart at merutgiftene ved en forlenget bygge- eller anleggstid vil bli større enn utgiftene ved den forsering som må til for å ta inn den tapte tid, vil entreprenørens tilleggskrav være begrenset til de merutgifter forseringen ville medført».

Uttalelsen er derimot knyttet til rettstilstanden før regelen om entreprenørens defensive forseringsrett var avtalefestet, hvilket svekker betydningen av utsagnet.

⁶⁷ Se kap. 3.3

⁶⁸ Se Petterson (2012) pkt. 7.2

Marthinussen (2010) s.361 mener en slik plikt «klart» ikke kan oppstilles. Synspunktet til Kolrud har han heller ikke videreført i sin kommentarutgave⁶⁹ til NS 8405: 2004, noe som tyder på at han har frafalt sitt tidligere synspunkt.

I petroleumsretten er systemet noe annerledes oppbygd. Hvor det oppstår en svikt i fremdriftsplanene kan leverandøren kreve en endringsordre (VOR). Dersom selskapet erkjenner at de har risikoen for forholdet utsteder de en endringsordre (VO). Er selskapet uenig må de utstede en omtvistet endringsordre (DVO).⁷⁰ Etter dette systemet tvinges selskapet til aktivt å ta standpunkt til leverandørens synspunkt, og har dermed muligheten til i større grad å kontrollere løsningsmetode som blir valgt.⁷¹ Plikt-spørsmålet blir dermed ikke satt på spissen som i NS 8405 pkt. 24.8.

Ordlyden er klar og må vektlegges sterkt i en kontraktstype som NS 8405. På tross av at tapsbegrensningsplikten i veldig klare tilfeller taler for at det foreligger forseringsplikt, veier den ikke opp for ordlydens klare tale. Det virker også å være klar enighet om i dagens teori at en slik plikt ikke eksisterer. Konklusjonen er klar, entreprenøren kan ikke ha en plikt til å forsere etter pkt. 24.8.

3 Forholdet mellom defensiv forsering og irregulær endringsordre

3.1 Innledning

Problemstillingen i dette kapittelet er hvilken sammenheng det er mellom «anvendelsesområdene» for endringsreglene i pkt. 23 jfr. pkt. 22 og entreprenørvalgt forsering etter pkt. 24.8. I en situasjon der byggherren er uenig i at entreprenøren har krav på fristforlengelse kan det oppstå situasjoner der det er tvil om hvilke bestemmelser som kommer til anvendelse. Forsering på byggherrens regning etter pkt. 24.8 innebærer at utgiftene ikke må «*antas*» overstige beløpsbegrensningen, som følger av bestemmelsens første ledd annet ledd,

⁶⁹ Kolrud (2004)

⁷⁰ Jf. Kaasen (2006) s. 229

⁷¹ Se Kassen (2006) s. 229-238

skal entreprenøren kunne velge forsering. Dersom forsering anses pålagt av byggherren etter pkt. 23.1 jfr. pkt. 22.2, unngår entreprenøren beløpsbegrensningen. Hvordan disse bestemmelsene forholder seg til hverandre vil bli søkt belyst i det følgende.

3.2 Utgangspunktene

Nedenfor redegjøres det for de to utgangspunktene som følger av ordlyden til pkt. 22.2 og pkt. 24.8.

Den første situasjonen har vi hvor byggherren ved formell endringsordre uttrykkelig pålegger entreprenøren å fullføre arbeidet til avtalt tid, til tross for at entreprenøren har et berettiget krav på fristforlengelse. Dette er en endring i form av et forseringspålegg jfr. pkt. 22.2.

Den andre situasjonen er der byggherren blankt avviser entreprenørens krav på fristforlengelse. Muligheten for entreprenøren til å forsere er i dette tilfellet pkt. 24.8, dette følger direkte av ordlyden.⁷²

Selv om det fremgår uttrykkelig av ordlyden står det derimot i Marthinussen (2010) s. 314 at:

«Ofte vil imidlertid uenigheten mellom partene bestå i om entreprenøren har krav på fristforlengelse eller ikke. Er partene uenige om dette, foreligger omtvistet endringsordre, det vil si at prosedyren i endringskapittelet gjelder, og ikke bestemmelsen i pkt. 24.8. Dersom entreprenøren mottar avslag på sitt krav om fristforlengelse, kan han velge å se dette som en endring etter pkt. 22 eller som et pålegg om forsering pkt. 24.8. Entreprenøren er da best tjent med å kreve endring etter pkt. 22, for å unngå 30 % -begrensningen for vederlag som følger av pkt. 24.8... Ved uenig-

⁷² Se derimot drøftelsen innledningsvis i kap. 3.4.

het aksepteres det at entreprenøren uansett forserer, for å unngå et eventuelt krav om dagmulkt senere, eller enda verre et krav om erstatning fordi den manglende forsering anses som forsettlig brudd på kontrakten.»

Det fremstår som Marthinussen mfl. mener at entreprenøren alltid kan velge å se et avslag, både «rene» og «urene», som en irregulær endringsordre om forsering jfr. pkt. 23.1 jfr. pkt. 22.2. Med «rene» avslag siktes det til der byggherren avslår kravet om fristforlengelse uten å si noe annet. (Hva et «urent» avslag er, og hvordan det skal tolkes vil bli drøftet nedenfor i kap. 3.3.) Legges Marthinussen mfl. sin forståelse til grunn, vil dette åpne for at entreprenøren ved avslag på fristforlengelse alltid kan følge prosedyren i endringskapittelet, og dermed unngå beløpsbegrensningen i pkt. 24.8.

Mottar entreprenøren et «rent» avslag på sitt krav om fristforlengelse, som nevnt innledningsvis under kap. 3.2, er dette direkte regulert i pkt. 24.8. Påstanden til Marthinussen mfl. er vanskelig å forene fullt ut med ordlyden i pkt. 24.8.⁷³ Ordlyden i pkt. 24.8 tilsier at det ikke foreligger en valgrett ved «rene» avslag.

Videre gjelder NS 8405 pkt. 22 for «endringer» pålagt av byggherren. En endring innebærer en avvikelse fra hva som opprinnelig er avtalt mellom partene.⁷⁴ Etter pkt. 22.2 er innholdet av begrepet «endring» at byggherren kan pålegge entreprenøren å forsere arbeidene på tross av at han etter kontrakten har krav på fristforlengelse. Mottar entreprenøren et «rent» avslag fra byggherren på fristforlengelseskravet, er det ikke uten videre lett å se at byggherren kan velge å se dette som en endring etter pkt. 22.

Ser man pkt. 22 og 24.8 i forhold til hverandre på bakgrunnen av ordlyden i bestemmelsene, taler dette for at hvor byggherren «rent» har avslått at entreprenørens fristforlengelseskrav, er det er pkt. 24.8 som kommer til anvendelse.

⁷³ Henning Nordtvedt uttrykte seg også skeptisk til denne forståelsen.

⁷⁴ Jfr. Marthinussen (2010) s. 304

Den klare svaret er dermed at ved «rene» avslag kan entreprenøren kun forsere ved hjemmel i pkt. 24.8. Skal endringsordsystemet bli «aktivert», kreves det eventuelt noe som kan tolkes som et forseringspålegg fra byggherren.

3.3 Irregulært forseringspålegg

Selv om det ikke blir utstedt en formell endringsordre, kan det likevel oppstå tilfeller der entreprenøren må tolke byggherrens utsagn eller handlemåte som et irregulært forseringspålegg gitt etter pkt. 23.1 jfr. pkt. 22.2. I følgende skilles det mellom to tilfeller.

Det første tilfellet er der byggherren, hvor han oppfatter at entreprenøren mener å ha krav på fristforlengelse, uten forbehold krever forseringstiltak iverksatt. Med «uten forbehold» menes det at byggherren i sitt svar på kravet fra entreprenøren ikke går inn på «risikospørsmålet» vedrørende fristforlengelsen. Han krever utelukkende forseringstiltak iverksatt, og det må således tolkes som en innrømmelse av kravet på fristforlengelse. Her er det ikke særlig tvilsomt at entreprenøren må⁷⁵ se dette som en irregulær endringsordre, herunder forseringspålegg⁷⁶ om endring etter pkt. 22.⁷⁷ Prosedyrereglene i pkt. 23 må da følges. Byggherren vil her ha forpliktet seg til å betale for arbeidet dersom det til slutt viser seg at entreprenøren hadde rett på fristforlengelse.

Det andre tilfellet er der byggherren utsteder en «betinget endringsordre».⁷⁸ Byggherren ønsker ikke å utstede endringsordre fordi han er helt eller delvis uenig i kravet om fristforlengelse. Han velger i stedet å pålegge forsering gjennom en «betinget endringsordre». En slik løsning må tolkes som et irregulært forseringspålegg, med forbehold om at forserings-

⁷⁵ Entreprenøren må her forsere, han kan ikke velge som i pkt. 24.8.

⁷⁶ Jfr. NS 8405 pkt. 23

⁷⁷ Se Petterson (2012) pkt. 5.4

⁷⁸ Se Petterson (2012) pkt. 5.4

kostnadene vil bli dekket dersom det viser seg at entreprenøren hadde rett. Også her gjelder prosedyrereglene i pkt. 23.

3.4 «Urent avslag» fra byggherren

Situasjonen der forholdet mellom pkt. 24.8 og pkt.23.1 jfr. pkt. 22.2 kommer i større grad på spissen, er der byggherren kommer med et «urent» avslag». Med et «urent avslag» menes det at byggherren avslår kravet om fristforlengelse, samtidig som han krever at arbeidet skal ferdigstilles innen fastsatt tid. Byggherren avslår kravet fra entreprenøren og tillegger for eksempel at entreprenøren er *«forpliktet til å slutføre arbeidet innen avtalt tid»*. Problemet i det følgende er om entreprenøren kan tolke et slikt utsagn som et irregulært forseringspålegg, pkt. 23.1 jfr. pkt. 22.2, eller om en eventuell forsering må skje etter pkt. 24.8. Kan entreprenøren velge å se det som en irregulær endringsordre, unngår han risikoen som er forbundet ved å beregne forseringskostnadene etter pkt. 24.8 første ledd.

For drøftelsen av tolkningsspørsmålet velger jeg å ta utgangspunkt i Marthinussen (2010), som på side 314 skriver at et «urent avslag»:

«må forstås som et avslag på krav om fristforlengelse i kombinasjon med et pålegg om å bli ferdig. Den delen av avslaget som innebærer et pålegg om å bli ferdig innen gjeldende ferdigstillelsesfrist er å anse som en irregulær endringsordre, og må følge prosedyrereglene i pkt. 23».

Irregulær endringsordre er et pålegg fra byggherren om å gjøre noe som ikke er en del av kontraktsforpliktelsene, men hvor byggherren ikke har fulgt formreglene for endring fastsatt i pkt. 22.3. Irregulær endringsordre etter pkt. 23 vil typisk komme til anvendelse i situasjoner der byggherren mener «endringen» allerede følger av kontraktsforpliktelsene. I motsatt fall ville jo byggherren ha utstedt en endringsordre i samsvar med pkt. 22.3.

Etter pkt. 22.2 kan byggherren pålegge en endring som går ut på at *«dagmulktbelagte frister... skal fastholdes»* hvor entreprenøren ellers ville hatt krav på fristforlengelse. Pkt. 23.1

sier at «*mottar entreprenøren pålegg om en ytelse uten at dette skjer i form av en endringsordre, skal han iverksette pålegget selv om han mener at pålegget innebærer en endring*».

Ordlyden skaper litt tvil. Formuleringen, «*pålegg om en ytelse*», kan tolkes som at pålegget må fremkomme selvstendig, og ikke sammen med avslaget på fristforlengelse. Ved et «urent» avslag fremkommer det eventuelle pålegget om forsering mer «sekundært» gjennom avslaget på fristforlengelse. Like fullt sier byggherren til entreprenøren at han er forpliktet til å bli ferdig innen fristen. Hvor byggherren pålegger forsering etter pkt. 22.2 ønsker han til sammenligning heller ikke at entreprenøren skal få fristforlengelse. Et «urent» avslag kan derfor isolert sett ut fra ordlyden derfor anses som et «*pålegg om en ytelse*», jfr. pkt. 23.1.

Ser man på ordlyden i pkt. 24.8, er selve grunnforutsetningen for at bestemmelsen skal komme til anvendelse at byggherren har avslått entreprenørens fristforlengelseskrav. Byggherren har utvilsomt avslått fristforlengelseskravet selv med et «urent» avslag. I alle tilfeller der byggherren avslår entreprenørens fristforlengelseskrav, vil han naturlig nok mene at entreprenøren er forpliktet til å fullføre innen avtalt tid. Det faktum at byggherren krever arbeidene ferdig innen avtalt tid, kan dermed ikke forstås som noe mer enn en presisering av hva byggherren mener allerede følger av kontraktsforpliktelsene.

En ordlydstolkning av både pkt. 23.1 jfr. pkt. 22.2 og pkt. 24.8 bringer oss ikke nærmere løsningen om entreprenøren kan velge å se et «urent» avslag fra byggherren på fristforlengelseskravet, som et irregulært forseringspålegg.

Det følger derimot av pkt. 26 første ledd første punktum: «*Dersom entreprenøren mottar avslag fra byggherren på et varsel om endring etter 23.2, plikter han likevel å utføre eller fortsette å utføre det omtvistede endringsarbeidet*». Kontrakten er utformet slik at byggherren har fått herredømme over situasjonen på kort sikt. Ved å gi byggherren rett til å be-

stemme at arbeidene ved uenighet likevel skal utføres⁷⁹, må entreprenøren utføre dem. Systemet i NS 8405 kan tolkes slik at det legges opp til at entreprenøren kan tolke et «urent» avslag som et irregulært forseringspålegg etter pkt. 23 jfr. pkt. 22.2.

Et annet moment i denne drøftelsen er hensynene som ligger til grunn for endringssystemet i kap. IV i NS 8405. Den opprinnelige balansen mellom partene, som søkes ivaretatt gjennom utformingen av reglene i endringskapittelet⁸⁰, vil bli forrykket dersom entreprenøren kan «omgå» begrensningen i pkt. 24. Entreprenøren vil få «tilfeldig fordel» ved at byggherren har uttrykt seg noe misvisende.

Samtidig er byggherren også mindre beskyttelsesverdig i en situasjon der han har uttrykt seg uklart. Byggherren vil uansett få et forvarsel om at forsering kan være aktuelt gjennom entreprenørens varslingsplikt, jfr. pkt. 23.2.

Et ytterligere moment er at hensynet til en klar og oversiktlig prosess generelt er et tungtveiende hensyn ved tolkning av endringsreglene.⁸¹ Dette taler for at «urene» avslag fra byggherren på entreprenørens krav om fristforlengelse, ikke kan tolkes som et irregulært forseringspålegg.

Spørsmålet om entreprenøren kan velge å se et «urent» avslag som et irregulært forseringspålegg, i stedet for å måtte forsere etter pkt. 24.8, har ikke et klart svar. Som det har fremkommet er det flere argumenter begge veier, dette gjelder både ordlyd så vel som systembetraktninger. Etter en helhetsvurdering er likevel hensynet til en ryddig og enkel fremgangsmåte funnet avgjørende.

⁷⁹ Jfr. NS 8405 pkt. 26.1(1)(2)

⁸⁰ Jfr. kap. IV i NS 8405

⁸¹ Jfr. Kolrud (2004) s. 301, angående utformingen av endringsregler som regulerer virkning på fremdriftsplanen: «Nettopp fordi situasjonen regelmessig er kontroversiell mellom partene er det et uttalt behov for enkle og lett praktikable regler».

Ved «urent» avslag på fristforlengelseskravet finnes det ingen valgmulighet for entreprenøren, og eventuell forsering fra entreprenørens side må skje med hjemmel i pkt. 24.8.

4 Avslag som grunnvilkår etter pkt. 24.8

4.1 Innledning

Ikke sjelden vil de faktiske og rettslige forhold knyttet til hvorvidt byggherren har avslått kravet om fristforlengelse være usikre. Spørsmålet som skal besvares under kapittel 4 er hvilket rettslig innhold vilkåret om avslag i pkt. 24.8 første ledd første punktum har. I tillegg blir det foretatt en kort redegjørelse for konsekvensene av at avslag ikke foreligger.

4.2 Nærmere om kravet til avslag

For det første følger det av ordlyden at entreprenørvalgt forsering etter pkt. 24.8, er aktuelt hvor byggherren «avslår» kravet om fristforlengelse. Ordlyden tilsier klart at det kreves et positivt avslag fra byggherren. At entreprenøren ser det som usannsynlig at byggherren vil innrømme fristforlengelse på bakgrunn av hans tidligere opptreden, er ikke tilstrekkelig etter ordlyden i pkt. 24.8.⁸²

Til illustrasjon kan vises til LB-2001-1369, som drøftet nettopp denne problemstillingen. Avtalen bygde på NS 3430. Saken dreier seg om tvist i forbindelse med sluttoppgjøret for oppføring av en skole, herunder blant annet hvem som hadde ansvaret for kostnader som følge av fukt i betongen. Retten uttaler i tråd med utgangspunktet ovenfor: «Slik første ledd er utformet, er det et vilkår for forseringstillegg at byggherren har avslått et krav på fristforlengelse fra byggherrens [entreprenørens] side.»

For det andre må ordlyden i pkt. 24.8 ses i sammenheng med bestemmelsene knyttet til fristforlengelse. Svarer ikke byggherren på kravet om fristforlengelse, følger det av pkt. 24.7 at byggherren mister sine innsigelser mot entreprenøren. Entreprenøren har altså rett på fristforlengelse hvis byggherren unnlater å svare, men ikke rett til å forser med hjem-

⁸² Se også Rt. 1999 s. 878 som fremhever at vilkåret om «avslag».

mel i pkt. 24.8. Dette er ikke problematisk siden entreprenørens usikkerhet knyttet til rett-messigheten av kravet på fristforlengelse uansett vil forsvinne.

Det følger videre av pkt. 24.7, sammenholdt med pkt. 8, at svar på krav om fristforlengelse skal være skriftlig. Er derimot kravet til avslag oppfylt hvor byggherren muntlig avslår entreprenørens krav om fristforlengelse? Svaret beror på hvorvidt skriftlighetskravet er en absolutt formregel. Marthinussen (2010) s. 93 sier at hvor en meddelelse er gitt muntlig og akseptert, og dette ikke bestrides av partene, er det «*liten grunn til ikke å tillegge dette virkning*». Et av formålene med skriftlighetskravet er hensynet til bevissikring. Skriftlighetskravet vil således først få betydning hvor byggherren benekter muntlig å ha avslått entreprenørens fristforlengelseskrav. Skriftlighetskravet etter pkt. 24.7 jfr. pkt. 8 første ledd skal dermed forstås som en bevissikringsregel, og ikke en absolutt formregel. Entreprenøren bør likevel kreve avslaget på fristforlengelseskravet skriftlig, i tilfellet byggherren i ettertid nekter for å ha avslått kravet om fristforlengelse.⁸³ Ellers kan entreprenøren risikere å måtte dekke forseringsutgiftene selv.

For det tredje skal det knyttes noen ekstra bemerkninger til nevnte LB-2001-1369, hvor det uttales:

«Noe generelt avslag på fristforlengelse fra byggherrens side foreligger ikke... Rett nok var situasjonen slik at det var lite sannsynlig at byggherren av hensyn til skolestart ville kunne gi fristforlengelse i forhold til ferdigstilling av arbeidene, særlig i forhold til byggene A - G, men dette kan ikke alene medføre at punkt 17.6 første ledd ikke skulle gjelde. I og med at entreprenøren ikke sørget for en endelig avklaring av byggherrens standpunkt til fristforlengelse - samt dokumentasjon som viser at fristforlengelse var utelukket - må entreprenøren være avskåret fra rett til forseringstillegg.»

Uttalelsene til retten fremstår noe uklare. Jeg forstår retten slik at det ikke åpnes for at hvor forholdene tilsier at byggherren vil nekte å innrømme fristforlengelse, kan dette alene med-

⁸³ Jfr. Marthinussen (2010) s. 93

føre at kravet til avslag anses oppfylt. Jeg anser at rettens syn på dette punkt er samsvarende med drøftelsen over, i kapittel 4.2.

Retten virker derimot å kreve at entreprenøren både skal sørge for en endelig avklaring av fristforlengelsesspørsmålet, samt dokumentere at fristforlengelse var utelukket. Dokumentasjon av at fristforlengelse var utelukket er et vilkår som ikke følger av pkt. 24.8, og det er ikke helt lett å se hvorfor retten synes å oppstille et slikt krav. Et dokumentasjonskrav er ikke i tråd med ordlyden. Jeg mener derfor at dommen ikke kan tas til inntekt på dette punkt.

Når det gjelder konsekvensen av at forseringen er iverksatt/gjennomført uten at avslag foreligger, blir det avslutningsvis et spørsmål om hvilke følger dette får for entreprenøren.

Avtalen mellom partene gir i en slik situasjon ikke hjemmel for entreprenørens forsering. Den logiske konsekvensen av at avslag mangler, er som følge av dette at entreprenøren selv må dekke forseringskostnadene.

5 Forholdsmessighetsvurderingen

5.1 Innledning

I det følgende vil jeg se på nærmere på det andre vilkåret som må være oppfylt for at entreprenøren skal kunne velge forsering etter pkt. 24.8. Vilåret fremgår av pkt. 24.8 første ledd annet punktum, og sier at entreprenøren kan velge forsering dersom forseringsvederlaget ikke *«antas å ville overstige den dagmulkt som ville ha påløpt dersom byggherrens avslag var berettiget og forsering ikke iverksatt, tillagt 30 %»*. Problemstillingen i dette kapittelet er å se nærmere på hvilke rettslige krav som stilles til entreprenørens vurdering samt entreprenørens rett til å kreve dekket sine faktiske kostnader avhengig av vurdering han har foretatt.

Vurderingstemaet etter NS 3430, er om forseringskostnadene *«vil bli uforholdsmessig store»*. Formuleringen i NS 8405, er ment å skulle skape et klarere vurderingsgrunnlag for

hva forseringsutgiftene skal måles opp i mot.⁸⁴ Entreprenøren må vurdere forventet samlet dagmulkt ved en eventuell forsinkelse tillagt 30 %, opp i mot hva han antar vederlagskravet blir ved forsering. Den positivt angitte beløpsbegrensningen i pkt. 24.8 bygger dermed, i likhet med pkt. 17.6, på en uforholdsmessighetstankegang. Tanken er at det må være forholdsmessighet mellom utgiftene forseringen iverksettes for eventuelt å unngå, og forseringskostnadene byggherren blir ansvarlig for.⁸⁵

Et alternativ til det angitte vurderingsgrunnlaget i pkt. 24.8 første ledd annet punktum, kunne være å vurdere forseringsvederlaget opp mot byggherrens utgifter ved forsinkelse. Da ville man unngått at byggherren ble pålagt vesentlig større forseringsutgifter slik som nevnt i kap. 2.4. Dette ville derimot by på ytterligere praktiske problemer ved fastsettelsen av vurderingsgrunnlaget. Slike praktiske problemer er nettopp det en har prøvd å unngå med forandringen som ble gjort til NS 8405 pkt. 24.8 sammenlignet med NS 3430 pkt. 17.6. Et annet poeng er at vurderingen skal balansere forholdsmessigheten mellom utgiftene entreprenøren og byggherren risikerer å pådra seg.

Innledningsvis i kapittel 5.2 vil jeg se nærmere på hvilke krav som stilles til entreprenørens anslag av forseringsvederlaget, samt hvilke tidspunkt entreprenørens vurdering skal bedømmes ut fra. Deretter vil entreprenørens rett til å få dekket det faktiske forseringsvederlaget bli drøftet i kapittel 5.3. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 5.4 drøfte om entreprenøren kan velge forsering selv om han antar beløpsbegrensningen vil bli overskredet. På tross av at denne problemstillingen ikke er en del av forholdsmessighetsvurderingen, er spørsmålet så nært knyttet opp mot vurderingen, at det er naturlig å plassere den i dette kapittelet.

5.2 Plikten til forsvarlig vurdering av forseringskostnadene

Ordlyden i pkt. 24.8 sier at valget til entreprenøren må avgjøres ut fra hva forseringsvederlaget «*antas*» å ville beløpe seg til. Det stilles med andre ord ingen eksakte krav til nøyaktigheten eller sannsynligheten av anslaget. Dette skyldes at en slik beregning avhenger av mange usikkerhetsfaktorer. Entrepriekontraktene er som nevnt innledningsvis i kap.

⁸⁴ Jfr. Marthinussen (2010) s. 362

⁸⁵ Jfr. Kolrud (2004) s. 317

2.2, i større grad enn andre tilvirkningskontrakter, utsatt for usikkerhetsfaktorer.⁸⁶ Ved beregningen av forseringsvederlaget isolert sett vil stort sett de samme usikkerhetsfaktorer gjøre seg gjeldende. Ordlyden tilsier at entreprenøren må gis et slingringsmonn⁸⁷ når han skal beregne ofte uforutsigbare forseringskostnader.

Tidspunktet, som legges til grunn for vurderingen av entreprenørens anslag, vil også kunne få avgjørende konsekvenser. Ordlyden i pkt. 24.8 sier ikke noe om hvilket tidspunkt anslaget skal vurderes ut fra. Entreprenøren vil naturlig nok foreta vurderingen i forkant av forseringen, siden han må vite hva antatte kostnader er for å kunne forsere med hjemmel i pkt. 24.8. I ettertid kan det imidlertid fremkomme tidligere ukjente opplysninger, som hvis de hadde vært lagt til grunn, ville avskåret entreprenøren fra å sette i gang forsering. Entreprenøren var for eksempel ikke på forhånd klar over at forseringsarbeidene ville bli langt mindre effektive grunnet uforutsette samordningsproblemer med sideentreprenør. Av den grunn påløp det så store kostnader at beløpsgrensen i pkt. 24.8 ble overskredet.

Hva som kreves av entreprenøren, og hvilket tidspunkt man skal legge til grunn ved bedømmelsen av entreprenørens antagelser, har vært drøftet i rettspraksis opp mot bestemmelser i NS 3430. Rt.1999 side 878 gjaldt en flom, som forårsaket forsinkelser i arbeidene, og det oppstod uenighet om lengden på fristforlengelsen. Entreprenøren iverksatte forsering, da partene ikke ble enige, med hjemmel i pkt. 17.6 i NS 3430. Som nevnt innledningsvis i kap 5.1 er ikke ordlyden lik som i dagens pkt. 24.8. Forandringen innebærer derimot kun en presisering av vurderingsgrunnlaget.

Hva forseringsvederlaget skal vurderes opp i mot etter pkt. 17.6 er ikke like klart. Også dette spørsmålet var oppe i Rt. 1999 s. 878. Retten fremhever blant annet at dagmulkten vil normalt være en sentral del av vurderingsgrunnlaget, men også andre momenter kan være relevante, jfr. side 885 flg.⁸⁸

⁸⁶ Sammenlignet med andre fabrikkasjonskontrakter, særlig petroleumskontrakter. Jfr. Sandvik (1966) s. 85-89.

⁸⁷ Kfr. Marthinussen (2010) s. 364

⁸⁸ Kfr. Simonsen (1999) s. 6

Uttalelser fra retten om hvilke krav som stilles til entreprenørens «forsvarlighet» ved kostnadsvurderingen og tidspunktet for bedømmelsen, er derfor fremdeles av like stor rettslig betydning.

Spørsmålet for retten var om kravet fra entreprenøren på dekning av forseringsutgiftene var innenfor forholdsmessighetsbegrensningen i pkt. 17.6. Høyesterett sier at «vil bli» i pkt.17.6 relativt klart peker i retning av at det avgjørende må være hvordan situasjonene fremsto før forseringen startet. Videre uttaler Høyesterett at entreprenøren av den grunn ikke kan bebreides hvis en forsvarlig vurdering entreprenøren foretok, i ettertid skulle vise seg å være feil. Dette ville ikke være rimelig.⁸⁹ Høyesteretts uttalelser kan også legges til grunn ved fastleggelsen av innholdet i pkt. 24.8 NS 8405:2008, det er ingen grunn til at dette skal ha endret seg siden pkt. 24.8 kun presiserer hvilke kostnader forseringsvederlaget skal sammenlignes mot.

Høyesteretts uttalelse letter derimot ikke i nevneverdig grad prosessen med å klargjøre kravet til hva entreprenøren må antas å vite, til det er vurderingsnormen for intetsigende. Det er helt klart at uforsvarlig eller illojal opptreden fra entreprenøren ikke tilfredsstiller kravene til vurderingen etter pkt. 24.8 første ledd annet punktum. Dette følger også av den alminnelige lojalitetsplikten mellom kontraktspartene i pkt. 5. Rettens uttalelser kan ikke anses som noe mer enn et utgangspunkt for vurderingen.

Samtidig tilsier rimelighetshensyn at det ikke bør stilles for strenge krav til entreprenørens anslag. Stilles det for strenge krav til entreprenøren i form av undersøkelser, vil dette medføre at det går med for mye tid til undersøkelser, samt for store kostnader, til at det blir noe realitet i entreprenørens forseringsrett. Han må derfor kunne ta utgangspunkt i den informasjonen han har tilgjengelig, og det må godtas at det alltid vil være en viss usikkerhetsfaktor

⁸⁹ Rt.1999 s. 878 side 885

ved forsering, noen ganger større enn andre. Rimelighetshensyn taler dermed for at risikoen for entreprenøren bør holdes nede ved å legge kravene til entreprenørens estimer på et «realistisk» nivå.

Den enkelte entreprenørs kompetanse vil også variere. Hvorvidt dette kan være et moment i vurderingen er derimot heller tvilsomt. Som en profesjonell aktør må det forventes en viss standard. I den alminnelige obligasjonsretten⁹⁰ legges det til grunn at kreditor må kunne forvente en faglig god innsats av realdebitor på et profesjonelt nivå ved innsatsforpliktelser.⁹¹ I særlige tilfeller kan det derimot tenkes at en entreprenørs spesielle kompetanse kan bli vektlagt, men som hovedregel må en generelt faglig god vurdering være tilstrekkelig.

Det er vanskelig og prøve å formulere noe nærmere hva som ligger i vilkåret «*må antas*». Faktorene som kan påvirke vurdering entreprenøren må foreta ved anslaget av forseringsutgiftene er mange. Entreprenørens vurdering kan derfor fremdeles være «forsvarlig», på tross av at utgiftene overstiger beløpsbegrensningen. Slingringsmonnet ved bedømmelsen av om entreprenørens vurdering er «forsvarlig» vil således variere. Faktorer som kan spille inn i en vurdering av om entreprenøren har foretatt en forsvarlig kostnadsberegning på tidspunktet før forsering kan være mange, avhengig av kompleksitet og vanskelighet ved arbeidene. Entreprenøren vil kun i begrenset grad ha kontroll over rammebetingelsene, som er nødvendig for at gjennomføring av forseringsarbeidene skal forløpe som planlagt.⁹² Forsering medfører også økte kostnader i forhold til hva som oppstår ved et normalt driftstempo, men økt innsats av personell og materiell resulterer nødvendigvis ikke i en tilsvarende økt produksjon.⁹³

⁹⁰ Jfr. Hagstrøm (2003) s. 115-116

⁹¹ Hvorvidt forsering kan være en resultatforpliktelse vil bli drøftet i kap. 7.2.

⁹² Kfr. Barbo (1997) s. 5

⁹³ Sandvik (1966) s. 345

Av mer «forseringsspesifikke»⁹⁴ faktorer som kan spille inn på vurderingen er for eksempel været. Været kan ingen styre, og det kan naturlig nok i mange tilfeller vanskeliggjøre vurderingen til entreprenøren. En spesiell problemstilling i tilknytning til dette er betydningen av «ekstremvær». I den grad det ikke foreligger noen forvarsel kan dette i utgangspunktet vanskelig ses å være noe entreprenøren kan ta risikoen for.

Også entrepriseformens egenart med ofte store og langvarige prosjekter, medfører betydelige utfordringer i forhold til koordinering av arbeidene, samt at man må belage seg på at det vil oppstå stadig nye problemer som må løses fortløpende. Indirekte konsekvenser ved at det blir satt i gang forseringstiltak, er kanskje den største utfordringen i forhold til å beregne kostnader.

Det faktum at det ikke alltid er tilgang på tilstrekkelig med opplysninger vil også spille inn, og det må finnes begrensninger på i hvilken grad entreprenøren er ansvarlig for å skaffe til veie opplysninger.

Ved store prosjekter, der mange side- og underentreprenører er involvert, er beregningen normalt enda vanskeligere enn der færre aktører er involvert. Her er arbeidene nøye planlagt, og fremdriften avhenger av at de enkelte operasjoner blir utført i den planlagte rekkefølge. Endringer vil dermed fort føre til økte indirekte kostnader i form av for eksempel administrasjonskostnader⁹⁵ ved å samordne endringene i forhold til de andre involverte. Slike anslag vil ofte være vanskelig å beregne på forhånd.

⁹⁴ I motsetning til mer generelle faktorer som for eksempel grunnforhold eller regelendringer, disse vil normalt ikke referere seg utelukkende til forseringsarbeidet. Sml. Sandvik (1966) s. 88-89, samt LA-2008-52830.

⁹⁵ Sandvik (1966) s. 347.

I andre saker er kun snakk om mindre omlegginger,⁹⁶ og da stilles det strengere krav for hvilken antatt verdi entreprenøren skal legge til grunn i vurdering i pkt. 24.8 første ledd annet punktum.

Et siste spørsmål, er om entreprenøren har en plikt til å legge i en «sikkerhetsmargin» ved beregningen av forseringsutgifter, eller om han bare kan legge til grunn til kostnadene som det er størst sannsynlighet for at vil påløpe. Ordlyden sier som nevnt «*antas*». Dette taler for at de utgiftene entreprenøren anser som mest sannsynlig at vil påløpe ved forseringen kan legges til grunn, uten en sikkerhetsmargin.

Avslutningsvis kan overnevnte sammenfattes med at det avgjørende, er om entreprenøren har foretatt en forsvarlig kostnadsberegning. Vurderingen av entreprenørens kostnadsberegning skal basere seg på opplysningene som entreprenøren var eller burde hvert kjent med før forseringen startet. Entreprenøren skal innrømmes et varierende slingringsmonn, avhengig av hvilke faktorer som gjorde seg gjeldende i det enkelte tilfellet.

5.3 Entreprenørens rett på vederlag som følge av forsering

Ovenfor i kap. 5.2 ble det lagt til grunn at entreprenøren plikter til å foreta en forsvarlig vurdering av antatte forseringsutgifter i forbindelse med forholdsmessighetsvurderingen i pkt. 24.8 første ledd annet punktum. Spørsmålet under kap. 5.3 er hvor stor del av vederlaget entreprenøren faktisk kan krevet dekket hvor det overstiger beløpsbegrensningen, avhengig av om hans forholdsmessighetsvurdering er forsvarlig eller ikke.

I kap. 5.3.1 vil spørsmålet bli drøftet under forutsetning om at entreprenørens forholdsmessighetsvurdering er forsvarlig i tråd med pkt. 24.8 første ledd annet punktum.

⁹⁶ LE-1997-253

Kap. 5.3.2 vil se på spørsmålet med motsatt forutsetning, nemlig at entreprenøren ikke har foretatt en forsvarlig vurdering. Spørsmålet blir her om entreprenørens rett på vederlag begrenses oppad til beløpsbegrensningen eller om vederlagsretten bortfaller totalt.

Det kan tenkes et tilfelle der entreprenøren ikke har foretatt en forsvarlig vurdering, men forseringskostnadene likevel havner under beløpsbegrensningen. Forholdsmessighetshensynet vil ikke være krenket. Løsningen må være at byggherren må dekke utgiftene.

5.3.1 Entreprenørens rett på vederlag ved forsvarlig anslag

Ordlyden i pkt. 24.8 første ledd annet punktum mener å gi uttrykk for en grense som entreprenøren må måle de beregnede forseringskostnader opp i mot. Bestemmelsen regulerer ikke (direkte) hvilket vederlag entreprenøren kan kreve for en berettiget forsering.⁹⁷

En logisk slutning av ordlyden tilsier derimot at byggherren blir ansvarlig for de fulle kostnadene ved forseringen, gitt at entreprenøren på forhånd foretok en forsvarlig beregning.

Interessant i denne sammenheng er tidligere nevnte høyesterettsdom⁹⁸ hvor det ble drøftet innledningsvis hvorvidt «*vederlag for en gjennomført forsering faller bort i sin helhet dersom kravet anses uforholdsmessig*».⁹⁹ Førstvoterende uttaler at: «*dersom det er foretatt en forsvarlig vurdering av hvorvidt det var grunnlag for forsering, må entreprenøren ha krav på å få dekket et vederlag som tilfredsstiller kravet til forholdsmessighet*». Dette innebærer, som Simonsen (1999) s. 2 skriver, at «*[d]en objektive risikoen for en feilvurdering ligger med andre ord ikke på entreprenøren*».

Om førstvoterendes uttalelse kan tas til inntekt for at entreprenøren er avskåret fra å kreve fullt vederlag gitt en forsvarlig vurdering fremstår noe uklart. Et faktum som taler mot denne forståelsen er at uttalelsen kommer etter at førstvoterende innledningsvis har påpekt at

⁹⁷ Jfr. Kolrud (2004) s. 317

⁹⁸ Rt. 1999 s. 878

⁹⁹ Kfr. drøftelsen til Simonsen (1999) s. 2 om forståelsen av førstvoterendes uttalelse.

entreprenøren har akseptert lagmannsrettens forståelse av pkt. 17.6 som en objektiv begrensningsregel.

«Lagmannsretten har oppfattet bestemmelsen som en begrensningsregel og har redusert det fremsatte krav til det beløp retten fant at entreprenøren hadde krav på ut fra en forholdsmessighetsvurdering. Entreprenøren har akseptert lagmannsrettens vurdering.»¹⁰⁰

Uttalelsen kan derfor tolkes slik at førstvoterende ikke tar stilling til det prinsipielle spørsmålet om entreprenøren kunne ha krevet fullt vederlag, gitt en forsvarlig forholdsmessighetsvurdering.¹⁰¹

Marthinussen (2010) skriver på side 363, forutsatt at entreprenøren har utvist et forsvarlig skjønn:

«må han kunne kreve dekket alle utgiftene til forsering. Dette gjelder selv om det etter at forseringen er fullført viser seg at 30 % -grensen ble betydelig overskredet. Dette er en konsekvens av bruken av uttrykket «antas» kombinert med at det tross alt er byggherren som urettmessig har avslått et berettiget krav på fristforlengelse».

Kolrud (2004) uttaler derimot på s. 317 at «entreprenøren kan ikke kreve seg kompensert ut over denne grensen». Videre sier han at dette vil stride «med den uttrykte forventning i bestemmelsen». Det fremstår noe uklart om Kolrud mener dette uavhengig av hvorvidt entreprenøren har opptrådt forsvarlig. Hvis dette i så fall er tilfellet, er det vanskelig å se at det strider mot «forventningen» i bestemmelsen.

¹⁰⁰ Kfr. Entreprenørens anførsler s.883.

¹⁰¹ Jfr. Simonsen (1999) s. 2

Hvis entreprenørens vederlagskrav uansett begrenses til beløpsbegrensningen, er det ikke lett å se poenget med at entreprenøren skal være pålagt å foreta en forsvarlig vurdering. Hadde dette vært tilfellet, kunne bestemmelsen sagt at samlet dagmulkt tillagt 30 % var maksimalt beløp entreprenøren hadde krav på. Formålet til bestemmelsen tilsier derfor at en entreprenør, som har opptrådt forsvarlig, ikke skal bli «avspist» med vederlag tilsvarende samlet dagmulkt tillagt 30 %. Til støtte for dette taler det faktum at det er byggherren som urettmessig har nektet entreprenøren fristforlengelse¹⁰², som tilsier at risikoen bør ligge på byggherren. Han har «tvunget» entreprenøren til å forsere, og er ikke beskyttelsesverdig overfor en entreprenør som har opptrådt forsvarlig.

Det kan også stilles spørsmål ved om det å avskjære entreprenøren fra å kunne kreve fullt vederlag der han har opptrådt ansvarlig, vil «uthule» den rettigheten entreprenøren er gitt gjennom pkt. 24.8. Det er ikke unormalt at grensen blir overskredet på tross av at entreprenøren har foretatt en forsvarlig vurdering. Hvis dette skal være entreprenørens risiko vil det i realiteten svekke hensynet til entreprenørens vederlagsrett¹⁰³, og dermed frata bestemmelsen noe av sin reelle betydning.

En annen sak er at en betydelig overskridelse av beløpsgrensen i seg selv kan tilsi at entreprenørens vurdering ikke er forsvarlig. Som nevnt i kap. 5.2 ovenfor, er imidlertid usikkerhetsmomentene mange ganger store ved gjennomføring av forsering. Ekstremvær eller indirekte kostnader som følge av samordningsproblemer, er eksempel på slike usikkerhetsfaktorer. Uforutsette forhold kan slik sett føre til at kostnadene betydelig overskrider beløpsbegrensningen i pkt. 24.8 uten at entreprenørens vurdering kan kalles uforsvarlig. Skal entreprenøren bære risikoen for slike uforutsette forhold, vil dette være urimelig når byggherren i forkant har nektet ham fristforlengelse og dermed påført ham risikoen ved å beregne forseringskostnadene.

¹⁰² Jfr. synspunktet i Marthinussen (2010) s. 363

¹⁰³ Kfr. Kolrud (2004) s. 220, om entreprenørens rett til å få betalt for sitt arbeid.

Svaret på denne problemstillingen er dermed ikke helt klar. Formålet til bestemmelsen og reelle hensyn, taler imidlertid for at entreprenøren har rett på dekning av sitt fulle vederlagskrav som følge av forsering etter pkt. 24.8 - gitt at han har foretatt en forsvarlig vurdering i forkant.

5.3.2 Entreprenørens rett på vederlag ved ikke forsvarlig anslag

For det følgende forutsettes det at en forsvarlig vurdering ville vist at beløpsbegrensningen i pkt. 24.8 ville bli overskredet ved forseringen. Entreprenøren hadde altså ikke hjemmel for sin forsering.

Ordlyden i pkt. 24.8 sier at entreprenøren kan forsere på byggherrens regning gitt blant annet at entreprenøren antar vederlaget, basert på en forsvarlig vurdering, ikke overstiger beløpsbegrensningen. Motsetningsvis er en slutning basert på ordlyden at en uforsvarlig vurdering medfører at forsering skjer på entreprenørens regning.

Et annet poeng er derimot at hvis entreprenøren kan kreve vederlag utover beløpsbegrensningen forutsatt en forsvarlig vurdering, vil en naturlig slutning dermed være at en uforsvarlig vurdering medfører at beløpsbegrensningen trer i kraft. Sammenhengen mellom de tilfeller der entreprenør har eller ikke har foretatt en forsvarlig vurdering, tilsier at ordlyden ikke kan tas helt bokstavelig.

Rt. 1999 side 878¹⁰⁴ er av interesse også i denne sammenheng. På side 884 i dommen uttaler førstvoterende at:

«Punkt 17.6 første ledd er en regel som tilgodeser entreprenøren i en situasjon der byggherren begår kontraktsbrudd ved å avslå krav på fristforlengelse. Dette må få betydning for tolkingen. Etter min mening er det lite rimelig at entreprenøren i alle

¹⁰⁴ Se kommentaren til denne dommen i kap. 7.2.1

tilfelle skal bære en risiko for fullstendig bortfall av vederlagskravet dersom det er foretatt en feilvurdering».

Rettens uttalelse er nok i utgangspunktet myntet på de tilfeller der entreprenøren har foretatt en forsvarlig, men feil vurdering. Like fullt foreligger det et kontraktsbrudd fra byggherren uavhengig i hvilken grad entreprenøren kan bebreides for sin vurdering av forseringskostnadene, på dette punktet har derfor uttalelsen relevans.

Både Marthinussen (2010) side 364 og Kolrud (2004) side 317 ser ut til å være enige om at der entreprenøren ikke har foretatt en forsvarlig vurdering, vil han være avskåret fra å kreve hele vederlaget, og må i stedet se seg avskåret med samlet dagmulkt tillagt 30 %¹⁰⁵. Med andre ord ikke totalt bortfall av vederlagsretten.

Resultatet av forseringen vil normalt også være at arbeidene blir fortere ferdig, byggherren vil av den grunn sjelden komme «dårlig ut» ved at entreprenøren forserer arbeidene. Løsningen med at entreprenøren har krav på vederlag tilsvarende samlet dagmulkt tillagt 30 % vil derfor normalt ikke ramme byggherren i vesentlig grad. Ikke sjelden vil byggherren også tjene på at entreprenøren forserer. De balanserende hensyn, som ligger til grunn for reglene i kap. IV, tilsier at totalt bortfall ikke kan anses rimelig eller hensiktsmessig.

Gitt at overskridelse medfører totalt bortfall av entreprenørens vederlagsrett, vil dette også gi byggherren en tilfeldig fordel. Hvis kostandene viser seg å være under grensen, vil han måtte betale. Foreligger det en mangelfull beregning av kostnadene på forhånd utført av entreprenøren, taler de beste grunner for at vederlaget skal begrenses til beløpsbegrensningen i pkt. 24.8 første ledd annet punktum.

¹⁰⁵ Jfr. NS 8405 pkt. 24.8

Et annet moment, som i noen tilfeller kan gjøre seg gjeldende, er betydningen av hvor klart det måtte være for byggherren at entreprenøren hadde krav på fristforlengelse. Er det åpenbart at entreprenøren ble urettmessig nektet fristforlengelse styrker dette i de aktuelle tilfellene ytterligere rimeligheten av entreprenøren tilkjennes vederlag.

Sammenhengen i bestemmelsen, teori og en avveining av reelle hensyn tilsier samlet sett at forsering i strid med pkt. 24.8 ikke medfører totalt bortfall av retten på vederlag for entreprenøren.

Har entreprenøren handlet i strid med pkt. 24.8 ved vurdering av forseringskostnadene, vil dette normalt medføre en begrensning i retten på vederlag i tråd med den angitte beløpsbegrensningen i pkt. 24.8 første ledd annet punktum.

5.4 Entreprenørens mulighet til å forsere etter pkt. 24.8 hvor forseringskostnadene antas å overstige beløpsbegrensningen

Forseringsutgiftene blir fort store, og det er ikke uvanlig at entreprenøren er nødt til å konkludere med at forseringsutgiftene må antas å ville overstige beløpsbegrensningen i pkt. 24.8 første ledd annet punktum. En aktuell problemstilling i denne situasjonen, er like fullt om entreprenøren er berettiget til å forsere såfremt han begrenser sitt vederlag til samlet dagmulkt tillagt 30 %, jfr. pkt. 24.8 første ledd annet punktum.

I noen tilfeller vil entreprenøren se seg tjent med å forsere istedenfor å få fristforlengelse, selv om han ikke kan beregne seg fullt vederlag. Dette kan, som nevnt i kap. 1.1, skyldes ønsket om å bevare sitt renommé ved å levere på tiden, eller å unngå risikoen for dagmulkt.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Kfr. Rt. 1999 s. 878 hvor førstvoterende uttaler på side. 885: «Bestemmelsen gir altså entreprenøren en mulighet til å unngå risikoen for dagmulkt. Etter det som er opplyst, legger entreprenører flest stor vekt på å unngå dagmulkt. Det kan skyldes økonomiske vurderinger, men også at det svekker entreprenørens omdømme å ikke levere til avtalt tid.»

Innledningsvis skal det først knyttes noen bemerkninger til noe som står skrevet i Marthinsen (2010) side 363:

«Dersom entreprenøren antar at hans vederlagskrav vil overstige dagmulkten tillagt 30 %, så skal han ifølge bestemmelsen miste sin valgtrett. Tatt på ordet, skulle det bety at han ikke ville ha rett til å forsere overhodet på byggherrens regning i en slik situasjon... Entreprenøren antar at hans vederlagskrav knyttet til forseringen, vil overstige dagmulkten med 35 %... I tillegg antar han at han underveis vil kunne optimalisere kostnadene knyttet til forseringen, slik at hans vederlagskrav vil bli mindre enn dagmulkt tillagt 30 %. Det vil da fremstå som nokså urimelig om han ikke skulle kunne forsere, og miste ethvert krav på vederlag om han gjorde dette. For det måtte i så fall bli konsekvensen dersom man skulle legge en streng ordfortolkning til grunn».

(Jeg forstår forfatterne likevel slik at de mener dette til syvende og sist ikke blir løsningen siden rimelighetshensyn tilsier en innskrenkende tolkning.) I situasjonen som nevnt ovenfor kan man stille spørsmål ved i hvilken grad dette strider mot ordlyden. Mener entreprenøren, etter å ha foretatt en vurdering av arbeidet, at kostnadene kan optimaliseres slik at beløpet ender opp innenfor samlet dagmulkt tillagt 30 %, er det vanskelig å se at entreprenøren ikke har adgang til å forsere etter pkt. 24.8. At ordlyden kun åpner for at entreprenøren skal kunne velge forsering der hans beregninger ikke innbefatter en slik optimalisering, virker som en kunstig måte å lese ordlyden på.

Pkt. 24.8 første ledd annet punktum må dermed forstås slik at den ikke stenger adgangen til å forsere, i de tilfeller entreprenøren har lagt til grunn at optimalisering av arbeidene underveis vil bringe forseringsutgiftene innenfor samlet dagmulkt tillagt 30 %.

For det følgende tar jeg utgangspunkt i hovedproblemstillingen nevnt innlednings, og forutsetningen er at entreprenøren antar utgiftene vil overstige samlet dagmulkt tillagt 30 %, jfr. pkt. 24.8 første ledd annet punktum.

Ordlyden i pkt. 24.8 første ledd annet punktum sier at «*entreprenøren har ikke en slik valgrett dersom vederlaget for forseringen må antas å ville overstige*» samlet dagmulkt tillagt 30 %. Entreprenørens valgmulighet avhenger etter ordlyden av at forseringsvederlaget antas å være innenfor den angitte grensen. For eksempel dersom entreprenøren etter en vurdering antar at forseringskostnadene vil beløpe seg til samlet dagmulkt tillagt 35 % vil dette i utgangspunktet utelukke forsering.¹⁰⁷ Ut fra ordlyden kan man dermed trekke den slutning at hvor entreprenøren antar at forseringsutgiftene ikke vil overstige påbeløpt dagmulkt tillagt 30 %, kan han fritt velge mellom fristforlengelse eller forsering. I motsatt fall har han kun rett på fristforlengelse.

Det følger derimot av bestemmelsen at vurderingen skal gjøres i forhold til «*vederlaget*». Vederlaget¹⁰⁸ vil entreprenøren, som et generelt utgangspunkt, stå fritt til å nedjustere ut fra de prisene partene opprinnelig har blitt enige om.¹⁰⁹ Hadde bestemmelsen brukt formuleringen «*forseringskostnadene*», ville ikke ordlyden på samme måte åpnet for et slikt tolkningsalternativ. Nedjustering av vederlaget vil dermed kunne åpne for at entreprenøren likevel kan forsere.

Ordlyden er dermed ikke helt klar, selv om en streng ordlydsfortolkning tilsier at entreprenøren ikke har anledning til å forsere selv om han begrenser vederlagskravet til samlet dagmulkt tillagt 30 %.

¹⁰⁷ Se NS 8405 med kommentarer (2010) s. 363

¹⁰⁸ Jfr. NS 8405 pkt. 27

¹⁰⁹ Jfr. Marthinussen (2010) s. 363

Formålet med den positivt angitte beløpsbegrensningen i pkt. 24.8 første ledd annet punktum, bygger på en tankegang om at vederlag utover denne grensen anses uforholdsmessige å pålegge byggherren sammenlignet med de utgiftene entreprenøren risikerer ved en forsinkelse. Begrenser entreprenøren seg til «bare» å kreve vederlag tilsvarende verdien av samlet dagmulkt tillagt 30 %, er det etter bestemmelsens tankegang dermed ikke et uforholdsmessig vederlag. Dette taler for at ordlyden ikke kan forstås helt bokstavelig, men må tolkes utvidende.

Marthinussen (2010) side 363 og 364 sier, i tråd med synspunktet i forrige avsnitt, at det er «*liten grunn til*» at byggherren skal kunne nekte entreprenøren forseringsadgang med den begrunnelse at hadde man valgt å følge de avtalte vederlagsregler ville dette medført et for høyt beløp. Det vises også til Kolrud (1992) som på side 156 synes å støtte denne forståelsen.

I noen tilfeller vil likevel ikke byggherren være interessert i at det forseres, men vil for eksempel heller ha arbeidet ferdig to uker etter opprinnelig sluttfrist. Dette kan derimot ikke tillegges noe vesentlig vekt da det nettopp er byggherren som har begått kontraktsbrudd ved å nekte entreprenøren en rettmessig rettighet i form av fristforlengelse. Skulle man lande på at entreprenøren likevel ikke hadde en slik rett måtte konsekvensen nødvendigvis bli, hvor entreprenøren hadde forsert (ulovlig) ¹¹⁰, at retten til forseringsvederlag bortfalt totalt. En slik løsning kan vanskelig oppfattes som en rimelig løsning. Dette taler for at ordlyden ikke kan tas helt på ordet i denne sammenheng.

Samlet sett taler formål og reelle hensyn for at en noe uklar ordlyd må tolkes utvidende.

¹¹⁰ Jfr. synspunktet i Marthinussen (2010) s. 363

Konklusjonen er at selv om entreprenøren antar at forseringsvederlaget vil overstige samlet dagmulkt tillagt 30 %, er det adgang til å forsere etter pkt. 24.8 første ledd annet punktum. Forutsetningen er at han ikke krever større vederlag enn beløpsbegrensningen.

6 Entreprenørens varslingsplikt

6.1 Innledning

Pkt. 24.8 annet ledd oppstiller en plikt for entreprenøren til å varsle byggherren om forseringskostnadene han antar vil påløpe. Dette følger av ordlyden, som sier at entreprenøren «skal» varsle. Problemstillingen i dette kapitlet er å undersøke nærmere hva entreprenøren er pålagt som følge av denne varslingsplikten, og eventuelle konsekvenser av at entreprenøren unnlater å varsle i overenstemmelse med pkt. 24.8 annet ledd.

I det følgende vil jeg i kapittel 6.2 se nærmere på varslingsplikten innhold. Videre i kapittel 6.3 vil jeg redegjøre for eventuelle rettslige konsekvenser av at varslingsplikten ikke blir overholdt.

6.2 Varslingspliktens innhold

Av NS 8405 pkt. 24.8 annet ledd følger det: *«Før forsering etter første ledd iverksettes, skal byggherren varsles med angivelse av hva forseringen antas å ville koste.»*

Først spørsmål er hvilke opplysninger varselet fra entreprenøren skal inneholde. Det følger av ordlyden at det skal varsles hva forseringen *«antas å ville koste»*. Dette må ses i sammenheng med pkt. 24.8 første ledd. Her er som kjent vilkåret for at entreprenøren kan velge forsering, at han antar forseringskostnadene vil være innenfor beløpsbegrensningen i pkt. 24.8 første ledd annet punktum. Ordlyden i pkt. 24.8 annet ledd tilsier at varselet skal angi hvilke kostnader entreprenøren regner med vil påløpe på grunnlag av vurderingen etter første ledd annet punktum, men at det må tillates en viss omtrentlighet ved utformingen.¹¹¹

¹¹¹ Jfr. Marthinussen (2010) s. 364

Formålene til bestemmelsen kan også gi veiledning ved denne drøftelsen. De to hovedformålene bak varslingsplikten, er bevisformålet¹¹² og at det gir byggherren mulighet til likevel å innrømme entreprenøren fristforlengelse.¹¹³ Ved fastleggelsen av varselets innhold, er det først og fremst bevis hensynet ved varslingsplikten som gjør seg gjeldende. Forseringen etter pkt. 24.8 skjer som kjent for byggherrens regning. Varselet gjør at byggherren får en mulighet til å se om entreprenøren har gjort en «forsvarlig» vurdering av hvilke kostnader han anslår vil påløpe i forbindelse med forseringen. På denne måten kan byggherren enklere påvise hvorvidt entreprenørens forsering oppfyller vilkårene etter pkt. 24.8 første ledd. Formålet til varselet som bevis tilsier at det skal være et «*veloverveid anslag*».¹¹⁴ I dette ligger det at anslaget må være tilstrekkelig utfyllende og spesifisert¹¹⁵ utformet, slik at byggherren gis en ordentlig mulighet til å kontrollere entreprenørens vurderinger. Et oversiktspreget sammendrag, er i så måte ikke i samsvar med en slik betraktning.

Forseringen vil alltid påvirke entreprenørens arbeidsopplegg for øvrig på en forstyrrende måte. Sammenlignet med inngivelse av opprinnelig tilbud, vil det i en forseringssituasjon svært ofte være mer krevende å foreta en kostnadsberegning.¹¹⁶ Hensynet til entreprenøren taler som følge av dette heller ikke for at det kan kreves mer enn et omtrentlig anslag.

Ordlyden i pkt. 24.8 annet ledd må ses i lys av varselets formål som bevis for entreprenørens kostnadsvurdering. Konklusjonen er at varselet må gi byggherren en realistisk mulighet til å bedømme om entreprenøren har gjort et «forsvarlig» anslag av hva forseringen antas å koste.

¹¹² Jfr. Kolrud (1992) s. 157, Marthinussen (2010) s. 364

¹¹³ Jfr. Marthinussen (2010) s. 364

¹¹⁴ Jfr. Marthinussen (2010) s. 364 og Kolrud mfl. 317

¹¹⁵ Jfr. Kolrud mfl. (2004) s. 317

¹¹⁶ Jfr. Marthinussen (2010) s. 364

Det andre spørsmålet som melder seg, er hvorvidt det gjelder noen formkrav i for varslingen etter pkt. 24.8 annet ledd.

Det følger av NS 8405 pkt. 8 første ledd at varsler etter bestemmelser i kontrakten, skal fremsettes skriftlig. Elektronisk varsel regnes kun som skriftlig hvor dette er avtalt av partene, jfr. pkt.8 annet ledd annet punktum. Varsling av forseringskostnadene må derfor i utgangspunktet skje skriftlig i samsvar med pkt. 8 jfr. pkt. 24.8 annet ledd.

Skriftlighetskravet er også en naturlig følge av hensynene som ligger til grunn for pkt. 24.8 annet ledd. Et av de viktigste hensynene bak bestemmelsen, er å sikre byggherren en mulighet for kostnadskontroll.¹¹⁷ Et skriftlig varsel med angivelse av antatte kostnader sikrer, i langt større grad enn en muntlig meddelelse, på en tilfredsstillende måte at byggherren er forberedt på hva som kan forventes å påløpe av kostnader. I tillegg gir det byggherren mulighet, som nevnt over, til likevel å innrømme fristforlengelse.

Det fremgår ikke av bestemmelsen i pkt. 24.8 annet ledd noe krav til utformingen av angivelsen av kostnadene. Ved utrekning av estimerte kostnader i forkant av arbeidene er det vanlig å bruke standardiserte formler. Dette vil i utgangspunktet ikke være i strid med ordlyden i pkt. 24.8. Det må derimot forutsettes at formlene er tilpasset det aktuelle prosjektet i tilstrekkelig grad slik at de gir en realistisk angivelse av forventede kostnader.

Et tredje spørsmål vedrørende entreprenørens varslingsplikt, er på hvilket tidspunkt varsling skal skje, og om det eventuelt kreves tilbakemelding fra byggherren før forsering blir iverksatt.

¹¹⁷ Se for eksempel Marthinussen (2010) s. 364

Ordlyden sier at varselet skal komme «før» forseringen iverksettes, jfr. pkt. 24.8 annet ledd. Om entreprenøren varsler byggherren to uker eller to timer i forkant av forseringen, er dermed ikke etter en ren ordlydsfortolkning av betydning.

Også her kan formålet til bestemmelsen være retningsgivende for hva som nærmere ligger i begrepet «før». Et hovedformål ved varslingsplikten, er at det gir byggherren en mulighet til likevel å innrømme entreprenøren fristforlengelse før entreprenøren starter forseringen.¹¹⁸ Blir det varslet rett før forsering iverksettes, gir det byggherren liten mulighet til å innrømme fristforlengelse. Samtidig skal ikke dette hensynet overvurderes, da byggherren i utgangspunktet er uenig at det foreligger en situasjon som gir krav på fristforlengelse, og derfor sjelden vil forandre mening. Kommer varselet derimot på et tidlig stadium, lenge før forsering starter, gir dette byggherren en dårlig mulighet til å klarlegge hvorvidt vilkårene for forsering foreligger.¹¹⁹

Et videre moment er den generelle lojalitetsplikten i NS 8405 pkt. 5, som uttaler at partene er forpliktet til å «vise lojalitet under gjennomføringen av kontrakten». I et tilfelle der hvor entreprenøren har foretatt et anslag av forseringsutgiftene, tilsier lojalitetsplikten at entreprenøren skal sende varsel til byggherren uten å vente. Dette forutsetter derimot at byggherren på dette tidspunktet har forutsetninger for å vurdere entreprenørens kostnadsberegning, det vil han derimot normalt ha, jfr. neste avsnitt.

Hensynet til entreprenøren er derimot også sentralt ved drøftelsen for når han må varsle byggherren etter pkt. 24.8 annet ledd. En forutsetning for at entreprenøren kan varsle, er at han har hatt mulighet til å foreta et forsvarlig anslag av forseringsutgiftene. Entreprenøren vil ofte måtte forholde seg til mange usikkerhetsmomenter når han foretar sitt anslag over forseringsutgiftene. Sentrale faktorer for resultatet av anslaget kan forandre seg på kort tid, særlig med tanke på at arbeidene ofte foregår utendørs. Værforhold kan raskt forandre seg,

¹¹⁸ Jfr. Marthinussen (2010) s. 364

¹¹⁹ Jfr. Kolrud mfl. (1992) s. 157

ekstremkulde kan for eksempel vanskeliggjøre arbeidene, eller store vannmengder forårsaker ekstra komplikasjoner. På mange prosjekter vil slike faktorer ha stor betydning. Det vil derfor ofte ikke være praktisk gjennomførbart for entreprenøren å foreta en vurdering av forseringsutgiftene lenge før arbeidene starter. Avgjørende vil være de konkrete forhold ved det aktuelle prosjektet. På det tidspunktet entreprenøren derimot har foretatt sin anslag, i tråd med pkt. 24.8 første ledd, er det vanskelig å se en begrunnelse for at varselet ikke skal sendes omgående til byggherren. Fordi på det tidspunktet entreprenøren har mulighet til å foreta sitt («forsvarlige») anslag, vil det normalt også være mulig for byggherren å bedømme entreprenøren sitt anslag.

Ser man formålet til pkt. 24.8 annet ledd i sammenheng med lojalitetsplikten og hensynet til partene, må svaret være at entreprenøren plikter å sende varselet på tidspunktet han har gjort sitt anslag etter første ledd annet punktum.

Hva gjelder spørsmålet om nødvendigheten av tilbakemelding fra byggherren, oppstiller ikke ordlyden i pkt. 24.8 annet ledd vilkår om aksept fra byggherren på varselet fra entreprenøren før forsering kan iverksettes.

Ser man på formålet med varselet er det ment å skulle gi byggherren en mulighet til å sikre seg informasjon om forseringen, siden den skjer på entreprenørens eget initiativ. Samtidig er entreprenørens defensive forseringsrett nettopp et resultat av byggherrens urettmessige avslag på kravet om fristforlengelse. Det vil derfor være bakvendt om det kreves aksept fra byggherren før forseringen kan starte. Formålet til pkt. 24.8 støtter derfor heller ikke at aksept fra byggherren er nødvendig.

I teorien¹²⁰ virker det også å være enighet om dette.

¹²⁰ Kfr. blant annet Marthinussen (2010) s. 364

Aksept fra byggherren er på dette grunnlag ikke nødvendig, dette kan ikke anses tvilsomt. Skulle derimot byggherren svare at han ikke tillater forsering, eller angir en grense for hvor store forseringsutgifter han er villig til å dekke, er dette noe entreprenøren ikke trenger å ta hensyn til.¹²¹

Et spørsmål litt på siden, er hvilke konsekvenser det har for byggherren at han ikke reagerer på varselet fra entreprenøren hvis han mener kostnadene er for høye. En naturlig konsekvens må være at han ikke kan stanse entreprenørens gjennomføring av forseringen, men at byggherren fremdeles har sine innsigelser i behold.¹²²

Sammenfatningsvis stiller varslingsplikten i pkt. 24.8 annet ledd krav om at entreprenøren skriftlig skal varsle byggherren, på en tilstrekkelig detaljert måte, om hvilke kostnader som antas å ville påløpe ved forsering slik at byggherren kan kontrollere entreprenørens anslag. Varselet må komme i rimelig tid før forsering starter, og gi byggherren en realistisk mulighet til å ta standpunkt til oppsettet. Aksept er ikke påkrevd etter pkt. 24.8 annet ledd.

6.3 Konsekvensen av unnlatt varsling

Ordlyden i pkt. 24.8 annet ledd angir ingen preklusjonsvirkninger av at entreprenøren unnlater å overholde varslingsplikten.

Preklusjonsvirkninger, som følge av manglende svar/varsling, er derimot gjennomgående regulert i andre bestemmelser i kontrakten.¹²³ Standardens system taler derfor for at det ikke gjelder noen preklusjonsvirkninger etter pkt. 24.8 annet ledd. NS 8405 er også i større grad enn vanlig lovgivning positivrettslig utformet¹²⁴, noe som underbygger argumentet ytterligere.

¹²¹ Jfr. Marthinussen (2010) s. 362

¹²² Se Kolrud (2004) s. 318

¹²³ Sml. f.eks. entreprenørens varslingsplikt etter pkt. 23.2 ved pålegg av irregulær endringsordre, eller pkt. 24.4 som stiller krav om varsel fra parten som krever fristforlengelse.

¹²⁴ Jfr. kap. 1.3.2 ovenfor

Et av hovedformålene til varslingsplikten, er som nevnt bevissikring. Har ikke entreprenøren overholdt sin varslingsplikt, vil det bli vanskeligere for byggherren å vurdere om entreprenøren har foretatt et forsvarlig anslag av antatte forseringskostnader. Formålet til bestemmelsen taler som følge av dette for at i de tilfeller entreprenøren ikke har varslet i henhold til pkt. 24.8 annet ledd, vil han bli møtt med strengere krav for å bevise at han har foretatt et forsvarlig anslag. Legges bevissikringshensynet til grunn, bør dermed mislighold av varslingsplikten få konsekvenser for hvilke krav til bevis som settes til utgiftene entreprenøren krever dekket av byggherren.¹²⁵ Dette støttes også av det grunnleggende entrepriserettslige prinsippet¹²⁶ om at risikoen følger funksjonsfordelingen,¹²⁷ som tilsier taler at det er entreprenøren som bør bære den bevismessige risikoen for følgene av at varslingsplikten i pkt. 24.8 annet ledd er misligholdt.

I teorien¹²⁸ virker det som å eksistere en generell enighet om at varslingsplikten i pkt. 24.8 annet ledd er å regne som en ordensforskrift, men snarere at den fungerer som en «*bevissikringsregel*», som Kolrud (1992) uttrykker det.¹²⁹ Manglende varsling medfører av den grunn ikke bortfall av entreprenørens forseringsrett etter pkt. 24.8.

Interessant i denne sammenheng er LG-1997-02010, som behandler varslingsplikten i forbindelse med en kontrakt basert på NS 3430 og pkt. 17.6. Ordlyden i pkt. 17.6 er tilnærmet lik som i pkt. 24.8 annet ledd, uttalelsene er derfor like aktuelle. Saken gjaldt utbygging av en tunnel, hvor det oppstod uforutsette komplikasjoner på grunn av grunnforholdene. Entreprenøren mente blant annet at han hadde krav på å få dekket kostnader som følge av forseringsarbeider tilknyttet nevnte komplikasjoner. Han hadde ved to anledninger krevet fristforlengelse, og begge gangene ble kravene urettmessig avslått. Lagmannsretten kom frem til at entreprenøren kun hadde krav på å få dekket forseringskostnadene fra og med avslag nr. 2 etter pkt. 17.6, siden det ikke var varslet i samsvar med pkt. 17.6 ved det første kravet om fristforlengelse. Begrunnelsen var at ved det første kravet om fristforlengelse hadde entreprenøren ikke krevd meromkostninger, men i stedet

¹²⁵ Jfr. Marthinussen (2010) s. 364 og Kolrud (1992) s. 157

¹²⁶ Se Hagstrøm (1997) s. 16

¹²⁷ Fastlagt først i Rt. 1917 s. 673.

¹²⁸ Jfr. Marthinussen (2010) s. 364, Kolrud mfl. (1992) s. 157

¹²⁹ Kfr. LH-2004-12799 som også legger denne betydningen til grunn.

vert imot opplyst at det ikke ville bli aktuelt å kreve dem dekket. Ved fremsettelsen av det andre kravet om fristforlengelse krevde entreprenøren derimot eventuelle fremtidige meromkostninger som følge av forsinkelsen, her fant retten at varslingsplikten var oppfylt selv om det ikke ble opplyst om antatte kostnader ved forseringen.

Dommen fremstår noe uklar i sin begrunnelse. For det første ser retten ut til å bygge på den oppfatning at varslingsplikten må overholdes, dersom entreprenøren skal kunne kreve forseringsutgiftene dekket. Derimot er det spesielle forhold i den aktuelle saken, nemlig at entreprenøren opplyste om at meromkostninger ikke ville bli krevd dekket. Det kan ha vært utslagsgivende for retten. For det andre anser retten at varslingsplikten ble overholdt i forbindelse med fremsettelse av krav nr. 2 vedrørende fristforlengelse, på tross av at det ikke ble opplyst om antatte forseringskostnader, men kun ved at det ble krevd eventuelle fremtidige meromkostninger som følge av forsinkelsen. Det er ikke lett å se at dette i så fall skulle oppfylle kravet til varsling etter pkt. 17.6.

Kolrud (1992) synes imidlertid å mene at rimelighetsbetraktninger kan gi grobunn for noe større tvil knyttet til om manglende varsling kan medføre konsekvenser for entreprenøren. Han skriver på side 157 at i tilfeller hvor konsekvenser kunne vært unngått ved varsling, taler rimelighetshensyn isolert sett for at dette i utgangspunktet må være entreprenørens risiko. Det er ikke så lett å se umiddelbart hvilke konsekvenser dette skal være. Samtidig er det også byggherren som har nektet entreprenøren en rettmessig rettighet etter kontrakten, slik at dette hensynet kan uansett ikke trekkes for langt.

Sett under ett virker det like fullt klart at varslingsplikten i pkt. 24.8 annet ledd er en ordensforskrift, og brudd på denne kun fører til at entreprenøren blir møtt med skjerpede krav for å bevise at vilkårene etter pkt. 24.8 første ledd var oppfylt.

7 Entreprenørens ansvar knyttet til forseringstiltakene

7.1 Innledning

I det videre skal jeg behandle spørsmålet om hvilket ansvar entreprenøren har for at forseringstiltakene som blir satt i gang fungerer tilfredsstillende, og at arbeidet blir ferdig innen fristen.

I hvilken grad entreprenørens forsering er vellykket i den forstand at hele forsinkelsen (selve tiden) blir innhentet, er ofte varierende. I kapittel 7.2 skal jeg se nærmere på om entreprenøren har en resultat- eller omsorgsforpliktelse i forhold til at hele forsinkelsen blir «forsert inn».

Kapittel 7.3 ser på om entreprenøren har rett til å velge forseringstiltak hvor det er flere teknisk mulige tiltak å velge mellom, og eventuelt hvilket ansvar entreprenøren har i forbindelse med valget.

7.2 Er defensiv forsering en resultat- eller omsorgsforpliktelse?

Ved utførelsesentreprisekontrakter er det klare utgangspunkt at entreprenøren er forpliktet til å utføre arbeidene slik de er beskrevet i kontrakten, jfr. pkt. 11.1 første ledd. Han har herunder en omsorgsforpliktelse i forhold til selve resultatet. Feil som kan tilskrives prosjekteringen, er det tradisjonelt byggherren sin risiko, såfremt prosjekteringen er utført av byggherren eller noen han svarer for.¹³⁰ Hva gjelder tidsfristene, har entreprenøren motsetningsvis et resultatansvar for at disse blir overholdt.¹³¹

Med «omsorgsforpliktelse» siktes det til at entreprenøren har en plikt til å forsøke på en aktsom og forsvarlig måte etter beste evne å forsere inn den inntrufne forsinkelsen. Resultatforpliktelse innebærer at entreprenøren har et objektivt ansvar for at forseringsarbeidene innhenter hele forsinkelsen. Konsekvensen av at entreprenøren kun har en omsorgsforpliktelse, er at kravet om fristforlengelse fremdeles er i behold for den resterende del av forsinkelsen.

Av ordlyden i pkt. 24.8 første ledd første punktum fremgår det at entreprenøren kan velge å se avslaget som *«et pålegg om forsering gitt ved endringsordre»*. Det siktes her til pkt. 22.2

¹³⁰ Jfr. Marthinussen (2012) s. 45

¹³¹ Se NS 8405 pkt. 34.2 som pålegger dagmulkt der arbeidene ikke er ferdigstilt innen avtalt frist. Dette gjelder uavhengig om det er snakk om NS 8405 eller 8407, jfr. kap.1.1 ovenfor. Se også Hagstrøm (2003) s. 118.

første ledd hvor står det at byggherren kan pålegge entreprenøren, ved endringsordre jfr. pkt. 23.1, å overholde dagmulktbelagte frister hvor det foreligger krav på fristforlengelse. Blir entreprenøren pålagt forsering etter pkt. 22.2 første ledd vil han måtte betale dagmulkt, hvis han ikke blir ferdig innen avtalt frist.¹³² Dette kan blant annet utledes av pkt. 22.2 tredje ledd annet punktum som sier at forskyving av tidsfrist etter pkt. 22.2 annet ledd medfører at dagmulkten også gjelder for den nye fristen. Ordlyden i pkt. 24.8 kan dermed forstås som at det samme gjelder ved forsering etter denne bestemmelsen.

Sammenhengen til kravet om fristforlengelse er også av interesse. Velger ikke entreprenøren forsering etter pkt. 24.8, men velger i stedet fristforlengelsen, vil han ha på samme måte som etter pkt. 22.2 være forpliktet til levere arbeidet innen avtalt tid, tillagt fristforlengelsen. Lykkes det ikke entreprenøren å bli ferdig innen avtalt tid justert for fristforlengelsen, vil byggherren ha rett på dagmulkt, jfr. pkt. 34.2 første ledd første punktum.

Motsatt kan det like fullt anføres at pkt. 22.2 første ledd gir direkte uttrykk for i ordlyden, at *«tidsfrister helt eller delvis skal fastholdes»*. Til sammenligning har ikke dette kommet til uttrykk i ordlyden i pkt. 24.8.¹³³ En slik inngripende konsekvens bør stå klart uttrykt, og byggherren er her nærmest til å ta konsekvensene av at dette ikke går klart frem av avtaleteksten.

En etablert praksis, er at entreprenøren varsler om at forseringen skjer på *«byggherrens regning og risiko»*.¹³⁴ Dette støtter også at risikoen for tidskonsekvensen av forseringen ligger hos byggherren.

En som nevner dette spørsmålet i teorien, er Petterson (2012).¹³⁵ Han sier at *«det klare utgangspunkt må være at entreprenøren ikke har et resultatansvar, og at forseringen anses som en omsorgsforpliktelse»*. Det er vanskelig å se at dette er et klart utgangspunkt.

¹³² Kfr. Petterson (2012) pkt. 5.5

¹³³ Se Petterson (2012) pkt. 5.5 som også fremhever dette

¹³⁴ Jfr. Petterson (2012) pkt. 4.5

Et hensyn som gjør seg gjeldende i denne drøftelsen er at byggherren urettmessig har avslått entreprenørens krav om fristforlengelse, og dermed stilt entreprenøren i denne valgssituasjonen. Reelle hensyn tilsier at hvor byggherren urettmessig har tvunget entreprenøren til å velge, bør byggherren også bære risikoen for at forseringen blir vellykket.

Et interessant forhold i tilknytning til dette emnet, er spørsmålet om ekstra vederlag i form av risikopåslag. Risikoen henger tett sammen med retten til tilleggsvederlag i forbindelse med vederlagsberegningen. Problemer tilknyttet risikofordelingen vil ofte ende opp som et spørsmål om tilleggsvederlag.¹³⁶ Foreligger det ikke en resultatforpliktelse vil dette medføre at entreprenøren ikke kan kreve et risikotillegg, for entreprenøren påtar seg ingen ekstra risiko.

Gitt at det foreligger en resultatforpliktelse, vil dette by på visse praktiske problemer. Ved forsering etter pkt. 24.8, er situasjonen den at partene er uenige om det foreligger rett til fristforlengelse. Vederlaget vil bli utmålt i ettertid dersom det viser seg at entreprenøren virkelig hadde rett til fristforlengelse. Utmåling av risikopåslag etter at arbeidene er utført vil by på visse praktiske problemer.¹³⁷ Riskopåslaget må utregnes på forhånd. I ettertid vet partene partene «fasiten», og det vil da virke kunstig å skulle regne ut et «tenkt» risikopåslag. Byggherren vil neppe være særlig velvillig til å måtte betale ekstra for en flom som aldri ble noe av.

Som drøftelsen over viser, kan det vanskelig sies å være et klart svar på om entreprenøren har en resultatforpliktelse for at forseringen klarer å innhente forsinkelsen. Ordlyden sammenholdt med reelle hensyn, taler derimot for at en naturlig forståelse av pkt. 24.8 er at det ikke foreligger en resultatforpliktelse.

Entreprenøren har ikke en resultatforpliktelse for å hente inn forsinkelsen ved forsering etter pkt. 24.8 i NS 8405.

¹³⁵ Jfr. Petterson (2012) pkt. 4.5

¹³⁶ Se Sandvik (1966) s. 106

¹³⁷ Kfr. Pettersons merknad til dette i Petterson (2012) pkt. 4.5.

7.3 Valg av forseringstiltak

I en situasjon der entreprenøren skal forsere med hjemmel i pkt. 24.8 finnes det noen ganger flere mulige tiltak,¹³⁸ og det er ikke alltid opplagt hvilken løsning som skal velges når man skal forsere. Problemstillingen i dette kapittelet blir å se på i hvilken grad entreprenøren bestemmer over valg av løsningsmetode, og hvilke rettslige spørsmål som eventuelt kan dukke opp i forhold til hans valg.

I kap. 7.2.1 blir det drøftet om entreprenøren selvstendig kan velge hvilke forseringstiltak som skal iverksettes.

I kap. 7.2.2 blir det sett på hvilke rettslige krav som er forbundet med valg av forseringstiltak.

7.3.1 Entreprenørens rett til å velge forseringstiltak

Hvilke tiltak som skal iverksettes ved entreprenørvalgt forsering, er ikke direkte regulert i pkt. 24.8. Varslingsplikten i annet ledd krever derimot, som det fremgår over av kapittel 6.3, at entreprenørens varsel skal gi byggherren en realistisk mulighet til å vurdere om entreprenøren har foretatt et forsvarlig anslag. Herunder må varselet inneholde informasjon om hvordan arbeidet skal foregå. Anslaget entreprenøren har foretatt må nødvendigvis bygge på en tenkt utførelsesmetode. Ses dette i sammenheng med at mislighold av varslingsplikten ikke har andre konsekvenser en rent bevismessige, og at det ikke kreves aksept på varselet fra byggherren, tilsier sammenhenger i bestemmelsen at entreprenøren forutsettes å kunne velge forseringstiltak.

Til sammenligning er det relevant å se på hva som gjelder etter pkt. 22.2. Ordlyden i pkt. 22.2 regulerer ikke spørsmålet. Det følger derimot av pkt. 11.1 første ledd at kontraktarbeidet «skal oppfylle de krav som er angitt i kontrakten». Hvor kontrakten gir rom for flere

¹³⁸ Se Kaasen (1997) s. 615 og 622

løsninger vil entreprenøren stå fritt til å velge løsningen¹³⁹, fordi som Marthinussen (2010) sier på side 142 at løsningen «*i så fall vil ligge innenfor den beskrivelsen som byggherren har gitt*». Løsningen etter pkt. 22.2 er dermed at såfremt byggherren ikke har gitt entreprenøren noen instruks i forbindelse med endringsordren, står entreprenøren fritt til å velge hvordan forseringen skal gjennomføres. Ved forsering etter pkt. 24.8 er det entreprenøren, ikke byggherren, som har valgt forsering. Dette taler ytterligere for at entreprenøren står fritt til å velge forseringstiltak etter pkt. 24.8.

Det kan stilles spørsmål ved om en valgett for entreprenøren går på bekostning av byggherrens styringsbehov. Bakgrunnen for entreprenørens rett til å forsere, er at byggherren forutsetningsvis feilaktig har nektet fristforlengelse.¹⁴⁰ I denne sammenheng er det også grunn til å påpeke at byggherren er gitt adgang til å kreve forsering med hjemmel pkt. 22.2. Hensynet til byggherrens styringsbehov mister dermed mye av sin vekt.

Samme problemstilling kan også oppstå i petroleumskontrakter. Selv om selskapet (tilsvarende byggherren) erkjenner risikoen for forsinkelsen eller det dreier seg om en omtvistet endringsordre (DVO), kan valg av forseringstiltak bli et problem. Kaasen (1997) på side 615 sier om forseringsinstruks gitt av selskapet: «*Men slike instruks- selv i form av en formell (eventuelt omtvistet) endringsordre- gir ikke nødvendigvis leverandøren avklaring med hensyn til hvilke tiltak han skal iverksette*». Leverandøren må derfor til syvende og sist selv ta beslutning om hvilke tiltak som skal iverksettes.¹⁴¹

Entreprenøren står som følge av dette i utgangspunktet fritt etter pkt. 24.8 til å velge forseringstiltak.

7.3.2 Entreprenørens ansvar for valg av forseringstiltak

Første spørsmålet blir om entreprenøren har en resultat- eller omsorgsforpliktelse for at tiltaket han velger er det mest egnede forseringstiltaket.

¹³⁹ Dette er uttrykk for den generelle funksjonsfordelingen mellom partene, jfr. Kaasen (2006) s. 222.

¹⁴⁰ Jfr. NS 8405 pkt. 24

¹⁴¹ Jfr. Kaasen (2006) art. 11, særlig s. 236

Innledningsvis skal det knyttes en kort forklaring til betydningen av begrepene «resultat- og omsorgsforpliktelse» brukt i denne sammenheng. En resultatforpliktelse innebærer at entreprenøren har en objektiv risiko for selve resultatet av sitt valg. Har entreprenøren en omsorgsforpliktelse blir han derimot bare ansvarlig for negative konsekvenser ved sitt valg, forutsatt at valgene hans ikke var aktsomme og forsvarlige.

Som i nevnt kapittel 7.2 over fremgår det av pkt. 24.8 at entreprenøren kan velge å se avslaget på fristforlengelse som et «*pålegg om forsering gitt ved endringsordre*». Løsningen i pkt. 22.2 er derfor et moment også i denne sammenheng.¹⁴² Pkt. 22.2 regulerer ikke¹⁴³ tilfellet der entreprenøren må velge mellom flere alternative tiltak, men det er en grunnleggende regel at risikoen følger funksjonsfordelingen.¹⁴⁴ Siden det i utgangspunktet er entreprenøren som velger forseringstiltak, taler dette for at risikoen ligger hos ham.

Av interesse ved tolkningen av pkt. 22.2, er også en uttalelse angående risikoen for arbeidsangivelsen i Sandvik (1966) side 210. Han uttaler at hvor entreprenøren «*har valget mellom flere likeverdige arbeidsmetoder*» ligger det nær å la entreprenøren bære risikoen for følgene av sitt valg, herunder dekke eventuelle unødvendige kostnader. Dette har en overføringsverdi ved valg av forseringstiltak etter pkt. 22.2, og taler for at byggherren har en objektiv risiko for valg av forseringstiltak.

Kaasen (1997) i «*Tidsproblemet i tilvirkningskontrakter*» s. 614 og 615 berører også denne problemstillingen i tilknytning til fabrikkasjonskontrakter.¹⁴⁵ Kaasen skriver at hvor selskapet har utstedt et forseringspålegg uten å spesifisere hvilke tiltak som skal iverksettes, må leverandøren ha risikoen for hvilke akselerasjonstiltak han velger.

¹⁴² Kfr. drøftelsen i kap. 7.2.1

¹⁴³ Kfr. Petterson (2012) pkt. 5.2, mener dette ikke er hjemlet.

¹⁴⁴ Jfr. Hagstrøm (1997) s. 14

¹⁴⁵ Jfr. Kaasen (1997) s. 614, herunder note 30

Samtidig skriver Kaasen at det må legges vekt på at risikoen for leverandøren vil være stor dersom selskapet ikke blir ansvarlig for kostnader knyttet til ineffektive tiltak. Kaasen mener løsningen derfor må være at den aktsomme leverandøren *«kan kreve dekket de kostnader han forsvarlig har, forutsatt at han forgjeves har bedt selskapet ta standpunkt til de tiltak han akter å iverksette»*. Sammenligningen med fabrikkasjonskontraktene har derimot en noe redusert overføringsverdi i forhold til dette synspunktet, fordi ved fabrikkasjonskontrakter er det mer vanlig at selskapet spesifiserer hvilket tiltak som skal iverksettes.

Den objektive risikoen for valg av forseringstiltak i pkt. 22.2 ligger dermed i utgangspunktet hos entreprenøren.

Overfører man synspunktene, som ligger til grunn for løsningen etter pkt. 22.2, er det en viktig forskjell. Ved forsering etter pkt. 24.8 har byggherren urettmessig nektet entreprenøren en rettmessig rettighet i form av fristforlengelse.

Rimelighetshensynene, som Kaasen fremhever, gjør seg også gjeldene etter NS 8405 og pkt. 24.8. Kostnadene forbundet med de forskjellige tiltakene kan i mange tilfeller være betydelige. Dersom entreprenøren i ettertid blir sittende med risikoen for at tiltaket som blir satt i verk viser seg ineffektivt, kan dette få store økonomiske konsekvenser for entreprenøren.

Dette taler samlet sett for at entreprenøren ikke kan bli pålagt en objektiv risiko for at det valgte forseringstiltaket gir et mest mulig effektivt resultat. Dette må i prinsippet gjelde selv om tiltaket viser seg helt uegnet.¹⁴⁶

Konklusjonen er av den bakgrunn at entreprenør har en omsorgsforpliktelse for i hvilken grad forseringstiltak er «egnet», herunder kostnadseffektivt. Entreprenøren blir dermed

¹⁴⁶ En annen ting er et totalt uegnet tiltak i seg selv vil være et moment for det ikke er foretatt et forsvarlig valg av forseringstiltak, se drøftelsen avslutningsvis i delkapittelet.

først ansvarlig for negative konsekvenser hvor han ikke har foretatt et aktsomt og forsvarlig valg av forseringstiltak.

På bakgrunnen av denne konklusjonen, blir neste spørsmål hvilke krav som stilles til et aktsomt og forsvarlig valg av forseringstiltak. Ordlyden i pkt. 24.8 regulerer ikke denne problemstillingen. Drøftelsen må derfor basere seg på mer generelle momenter.

Tatt i betraktning at valg av tiltak i utgangspunktet er en omsorgsforpliktelse, blir spørsmålet først og fremst om entreprenøren har opptrådt i henhold til faglig forsvarlig standard, herunder om det er foretatt lojale og forsvarlige vurderinger.¹⁴⁷

Et interessant spørsmål i denne sammenheng, er hvem av partene som har ansvaret for «utviklingsrisikoen».¹⁴⁸ Spørsmålet var oppe i blant annet LH-2007-102419 hvor det ble uttalt:

«I Jan Einar Barbo, Totalentreprise – særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko, 1990, side 59 flg..er omtalt den såkalte «utviklingsrisikoen». Med dette menes at spørsmålet om hvem av partene som bærer risikoen for at en byggemetode som på byggetidspunktet anses å være forsvarlig, senere viser seg å medføre en svikt fordi den byggetekniske utviklingen på byggetidspunktet var mangelfull. Det vises for så vidt til Rt-1968-783. Det konkluderes med at utviklingsrisikoen må bæres av byggherren, og dette utgjør et unntak fra den vidtgående funksjonsrisiko som påligger totalentreprenøren».

Dette underbygges også av Kaasen (2012) i «*Petroleumskontrakter med kommentar til NF 05 og NTK 05*» s. 236, som skriver at entreprenørens valg av tiltak må vurderes i lys av hvordan situasjonen var på tidspunktet når valget blir truffet. Dette kan også legges til grunn ved fastleggelsen av det rettslige utgangspunktet etter NS 8405, hensynene gjør seg

¹⁴⁷ Jfr. Kaasen (2006) s. 236

¹⁴⁸ Kfr. Barbo (1990) s. 59 flg.

gjeldende på tilsvarende måte. Støtte for denne tankegangen finner man også i Rt.1999 s.878 (referert til i kapittel 5.2), der det uttales at vurderingen hva gjelder forseringskostnadene må avgjøres ut fra forholdene på tidspunktet valget om forsering må tas.

Et siste moment er om hensynet til en forsvarlig vurdering taler for at entreprenøren bør varsle byggherren om hvilke tiltak han akter å iverksette.¹⁴⁹ Det kan tenkes at entreprenøren er i tvil, byggherrens mening vil dermed kunne bidra til et mer forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. I slike tilfeller vil dette hensynet tale for at entreprenøren skal varsle byggherren før forseringen iverksettes.

Entreprenøren er etter dette ansvarlig for at valget av forseringstiltak er forsvarlig på tidspunktet når valget blir tatt.

8 Oppsummering

Entreprenørens defensive forseringsrett i pkt. 24.8 er en sentral og praktisk bestemmelse i NS 8405. På bakgrunn av fremstillingen skal det gjøres noen avsluttende bemerkninger.

Regelen i pkt. 24.8 skal primært ivareta sentrale behov for entreprenøren, først og fremst gi ham mulighet til å eliminere risikoen for å måtte betale dagmulkt, dersom det skulle vise seg at kravet om dagmulkt ikke fører frem. I praksis vil normalt også forsering være en gunstig løsning på problemene, både for entreprenøren så vel som byggherren. Bestemmelsen medvirker til at fremdriften blir opprettholdt hvor det oppstår tvist om hvem av partene som har risikoen for forsinkelsen. Hensynet til fremdriften er også et av de mest fremtredende ved store tilvirkningskontrakter. Pkt. 24.8 sikrer på denne måten ofte en rasjonell og hensiktsmessig løsning på problemene.

¹⁴⁹ Jfr. synspunktene til Kaasen (1997) s. 616

Til tross for dette, er det enkelte svakheter ved bestemmelsen. Endringene som ble gjort i forbindelse med vedtakelsen av pkt. 24.8, skulle gjøre bestemmelsen lettere å praktisere enn den foregående bestemmelsen i NS 3430 pkt. 17.6. Dette har kun vært delvis vellykket. Usikkerheten knyttet til hva forseringsutgiftene skal sammenlignes med er borte, slik sett er det retts teknisk en enklere regel.¹⁵⁰ Like fullt kan det i mange tilfeller være vanskelig å vite hvor stor forsinkelsen vil bli, slik at endringene ikke har løst alle problemene.¹⁵¹ Et annet forhold er at kostnadsgrensen på samlet dagmulkt tillagt 30 %, som skal beskytte byggherren mot uforholdsmessige kostnader, heller ikke er uproblematisk. Dette henger sammen med at entreprenørens anslag etter pkt. 24.8 første ledd annet punktum må være «uforsvarlig» for at den skal legge en begrensning på kravet fra entreprenøren, noe som i praksis kan være vanskelig å bevise.

Et spørsmål til slutt i denne sammenheng, er om pkt. 24.8 kunne hatt en mer utfyllende formulering. Ved denne vurderingen må man derimot ta hensyn til at mange av usikkerhetsmomentene knyttet til vurderingen, er faktiske faktorer som det er vanskelig «å formulere seg bort fra». Ytterligere tillegg vil fort gjøre bestemmelsen vanskeligere tilgjengelig. Et forslag er likevel at det kunne være inntatt konsekvensen for entreprenørens vederlagsretts¹⁵² at forseringsutgiftene overstiger samlet dagmulkt tillagt 30 %.

¹⁵⁰ Se Rt. 1999 s. 878 hvor en stor del av drøftelsen knytter seg til denne problemstillingen.

¹⁵¹ Jfr. vilkåret i pkt. 24.8 som sier at man skal se på «samlet dagmulkt»

¹⁵² Viser til drøftelsen av dette spørsmålet i kap. 5

9 Kilder

9.1 Litteraturliste

Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*. Oslo 1997

Barbo, Jan Einar. *Totalentreprise- særlig om entreprenørens prosjekteringsrisiko*. Oslo, 1990.

Barbo, Jan Einar. *Kontraktsomlegging i entrepriseforhold*. Oslo, 1997

Hagstrøm, Viggo. *Entrepriserett-Utvalgte emner*. Oslo, 1997

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. Oslo, 2003

Kaasen, Knut. *Kommentar til NF 92*. Oslo 1994

Kaasen, Knut. *Tidsproblemet i tilvirkning*. I: Ånd og rett - festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19. aug 1997, s.607-622 (Sisert fra Lovdata)

Kaasen, Knut. *Dynamisk kontraktsrett*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 2005, s. 237-263 (Sisert fra Lovdata)

Kaasen, Knut. *Formalisme i tilvirkningskontrakter*. I: Tidsskrift for forretningsjus. 2009, s. 49-70 (Sisert fra Lovdata)

Kaasen, Knut. *Petroleumskontrakter med kommentarer til NF 05 og NTK 05*. Oslo, 2012.

Helge Jakob Kolrud, Olav Bergsaker, Ola Brekken, Inger-Johanne Lund, Svein Arild Pihlstrøm, Stein Erik Stinessen. *Kommentarer til NS 3430*. Oslo, 1992.

Helge Jakob Kolrud, Olav Bergsaker, Erik Davidsen, Jarle W. Holstrøm, Johnny Johansen, Inger-Johanne Lund, Dag Arne Ruud, Tor Wilhelm Seim, Bjørn Ven. *NS 8405 Kommentarrutgave*. Oslo, 2004.

Marthinussen, Karl, Heikki Giverholt, Hans-Jørgen Arvesen. *Kommentarer til NS 8405*. Oslo, 2012.

Petterson, Nils Henrik. *Forsering*. Foredrag (disposisjon), Holmsbu (7.sep) 2012.

Tørum, Amund Bjøranger. *Sammenlignende analyser av fabrikasjon og entreprise – illustrert med endrings- og varslingsreglene og arbeidsplikten*. I: På rett grunn – Festskrift til Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett. (2010) s. 453-489.

Sandvik, Tore. *Entreprenørrisikoen*. Oslo, 1966.

Sandvik, Tore. *Kommentar til NS 3401*. Bergen, 1977.

Simonsen, Lasse. *Rt. 1999 side 878 Broene over Nitelva*. I: Nytt i privatretten, nr. 3 (1999) s. 4-6.

Vagner, Hans Henrik ved Torsten Iversen. *Entrepriseret*. 4.utg. Århus, 2005.

Woxholth, Geir. *Avtalerett*. 6.utg. Oslo. 2006.

9.2 Liste over standarder og lov

9.2.1 Standarder

Fabrikasjonskontrakter

NF 05 Norsk Fabrikasjonskontrakt (2005)

NF 92 Norsk Fabrikasjonskontrakt (1992)

Entrepriasekontrakter

NS 8407 Alminnelige kontraktsbestemmelser for totalentrepriser (2011)

NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt (2008)

NS 8405 Norsk bygge- og anleggskontrakt (2004)

NS 3430 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider (1994)

NS 3401 Alminnelige kontraktsbestemmelser om utførelse av bygg- og anleggsarbeider (1969)

Dansk entrepriasekontrakt

AB 92 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed § 23 (1992)

9.2.2 Lover

1997 Lov om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m (bustadoppføringslova) av 13.juni 1997 nr.43

2004 Lov om voldgift (voldgiftsloven) 14.mai 2004 nr. 25

9.3 Domsregister

Rt-1917-673

Rt-1991-773

Rt-1999-898

Rt-2010-961

Rt-2010-1345

LG-1997-02010

LB-2001-1369

LH-2004-12799

LH-2007-102419

LA-2008-52830

